



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali



MAESTRÍA EN DERECHOS
HUMANOS
Y CULTURA DE PAZ

**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS
POLÍTICOS EN COLOMBIA: UNA MIRADA DESDE LOS ESTÁNDARES
INTERAMERICANOS**

ESTUDIANTE

WILLIAM FELIPE HURTADO QUINTERO

DIRECTOR

FRANCISCO JAVIER GUTIÉRREZ SUÁREZ, PhD

MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

SANTIAGO DE CALI

2020

DEDICATORIA

Dedico este trabajo al Gran Arquitecto del Universo, quien hace posible mi existencia y pone de presente las casualidades que me dan motivos para vivir, los cuales he necesitado para seguir caminando con abnegación por las sendas de la academia.

A mi familia le concedo el honor con este resultado, pues sin su confianza no hubiera tenido la fuerza para enfrentar la adversidad, sobre todo a mi hija, mi más bella revolución.

A unos cuantos buenos amigos.

AGRADECIMIENTOS

Mi gratitud con la Pontificia Universidad Javeriana de Cali por permitir que esta experiencia haya sido memorable tanto en lo académico como en lo personal. La calidad de sus procesos, la deferencia del personal administrativo, la idoneidad de su cuerpo docente y la integralidad de sus servicios fueron un apoyo valioso en mi formación como magíster. En este punto, agradezco de forma muy especial al director de la Maestría y de este trabajo de grado, el Dr. Francisco Javier Gutiérrez Suárez, por su excelsa labor. Este trabajo, además de ser producto de mi investigación, tiene su sello metodológico.

Agradezco a la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional -ACDPC- y la Asociación Mundial de Justicia Constitucional -AMJC- en cabeza de los Dres. René Moreno Alfonso, Diana Beltrán Grande y Eduardo Andrés Velandia Canosa, por permitirme socializar mis avances de investigación en diferentes escenarios académicos de orden nacional e internacional, lo que dotó de rigurosidad cada uno de los postulados del trabajo que acá se presenta.

Por último, doy gracias a mis hoy entrañables casas de estudio: la Universidad Nacional Abierta y a Distancia de Colombia -UNAD- y la Universidad del Cauca, por confiar en mi proceso como docente y hacer lo posible para que yo pudiera enfrentar este reto.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
DERECHOS POLÍTICOS: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y ALCANCE JURÍDICO	18
1. Fundamentos teóricos de los Derechos Políticos.	18
1.1. Fundamentación material de los derechos políticos o dimensión política.	19
1.2. Sobre la idea de poder constituyente.....	26
2. Fundamentación formal de los derechos políticos o dimensión jurídica.	31
2.1. Los derechos políticos en el cuerpo jurídico interamericano.	33
2.2. Los derechos políticos en el ordenamiento jurídico colombiano.	37
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DOCTRINA DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS	44
1. Bloque de Constitucionalidad frente a instrumentos internacionales de Derechos Humanos.44	
2. Control de convencionalidad: teoría y concreción desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	51
3. Doctrina de los estándares interamericanos.	65
ESTÁNDARES INTERAMERICANOS PARA LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS POR VÍA SANCIONATORIA	70
1. Estándares interamericanos para la restricción de derechos políticos como sanción: marco general.	70

2. Estándares interamericanos para la restricción de derechos políticos como sanción: marco específico.	74
a. Impeachment o juicio político:	75
b. Control disciplinario y por responsabilidad fiscal:	80
3. Examen de convencionalidad de la potestad sancionadora de la Procuraduría General de la Nación a partir del caso Gustavo Petro vs. Colombia.....	83
CONCLUSIONES.....	93
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	97

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado se deriva de la línea de investigación denominada “Derechos Humanos y Justicia” del Grupo de Investigación Instituciones Jurídicas y Desarrollo -IJUD- de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, la cual forma parte del núcleo temático de la Maestría en Derechos Humanos y Cultura de Paz.

- Problematización.

La delimitación de contexto reflejó que Colombia se encuentra en el listado de países que han adoptado en su Constitución varios de los postulados del neoconstitucionalismo y, por ende, avanza hacia la consolidación material de cada uno de los elementos definitorios que arrastran el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, reconociéndose a sí misma como un Estado Constitucional de Derecho. De este modo, la Constitución Política de 1991 contiene cláusulas que buscan respaldar las siguientes condiciones : (i) Existencia de una Constitución Rígida, (ii) garantía jurisdiccional de la Constitución, (iii) aplicación directa de la Constitución, (iv) fuerza vinculante de la Constitución, (v) sobreinterpretación de la Constitución, (vi) interpretación conforme a la Constitución e (vii) influencia de la Constitución en el debate político (Guastini, 2003) y por último, (viii) la circularidad e integración normativa (Suárez, 2015).

Estos presupuestos han permitido el robustecimiento del monismo jurídico en el relacionamiento entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente el derivado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues con la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José – en adelante CADH – mediante Ley 16 de 1972 y la posterior promulgación de la Constitución de 1991, se han fortalecido los instrumentos locales e internacionales de defensa de los Derechos Humanos consagrados en esta carta internacional, posicionando así las diferentes esferas prácticas del denominado control de convencionalidad¹. Sin embargo, a pesar de los avances se presentan situaciones de conflicto entre el sistema local y el sistema interamericano que desestabilizan la seguridad jurídica convencional y las bases conceptuales del propio Estado Constitucional de Derecho.

Esta dificultad se presenta en materia de Derechos Políticos, cuya regulación en el ordenamiento legal colombiano dista del alcance establecido por la CADH en lo que corresponde a su restricción, ya que la Ley colombiana – tanto la ley 734 de 2002 o Código único disciplinario como la ley 1952 de 2019 o Código general disciplinario- permite que éstos sean restringidos por autoridades de talla administrativa como la Procuraduría General de la Nación o la Contraloría General de la República. Por su parte, el Pacto de San José sólo permite la restricción de Derechos Políticos a título de sanción cuando ésta emana de una sentencia penal condenatoria proferida por autoridad competente.

¹ Por tratarse el control de convencionalidad de una de las categorías de análisis del trabajo de grado, éste contará con un desarrollo preciso y específico en el contenido del trabajo, sin embargo, se anticipa que por control de convencionalidad se entiende la obligación de los Estados parte del Pacto de San José de hacer un examen de compatibilidad entre su ordenamiento jurídico interno y la Convención Americana de Derechos Humanos y su bloque de convencionalidad.

Este planteamiento llevó a la formulación de la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los estándares interamericanos que se deben tener en cuenta para la aplicación del control de convencionalidad en materia de restricción de derechos políticos?

Para resolver el problema se estableció un objetivo general tendiente a determinar los estándares interamericanos que se deben tener en cuenta para la aplicación del control de convencionalidad en materia de restricción de derechos políticos, del que se desprenden los siguientes tres propósitos específicos: (i) Desarrollar la categoría de derechos políticos desde un enfoque teórico y su marco jurídico general en el ordenamiento colombiano y el sistema interamericano de promoción y protección de Derechos Humanos, (ii) analizar el alcance jurídico y teórico de la figura del control de convencionalidad y su diseño dogmático a partir del reconocimiento de estándares interamericanos, y por último, (iii) desarrollar los estándares interamericanos derivados del control de convencionalidad que deben aplicarse para la restricción de derechos políticos en Colombia y su identificación en el caso del ex alcalde de Bogotá D.C. Gustavo Francisco Petro.

Estos objetivos se diseñaron con la intención de contribuir en (i) la actualización del ordenamiento jurídico frente a los esquemas del constitucionalismo multinivel y el respeto por las obligaciones internacionales y (ii) aportar elementos teórico-prácticos que sirvan al Estado para prevenir futuros litigios ante el sistema interamericano de protección y promoción de Derechos Humanos a partir del correcto ejercicio del control de convencionalidad en asuntos relacionados con la restricción de derechos políticos.

En este marco, las categorías de análisis escogidas y desarrolladas en el trabajo son las de (i) control de convencionalidad y (ii) Derechos Políticos, entendiéndolas como manifestaciones dogmáticas y orgánicas del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos -OEA-. Las categorías se definieron con base en un detallado análisis jurídico que permitió identificar que la apertura de los ordenamientos jurídicos ha permitido la configuración de Estados Constitucionales de Derecho, que procuran el reconocimiento y garantía de Derechos Humanos consagrados en convenios de orden internacional a través de instituciones jurídicas como el bloque de constitucionalidad, otorgándole un estatus constitucional en el ordenamiento interno, siendo finalidad esencial del Estado Constitucional, afianzar su estructura y defender el proceso de constitucionalización del sistema jurídico en general.

- Aspectos metodológicos.

En cuanto al diseño metodológico, este trabajo se ubica dentro del tipo de investigación sociojurídica, debido a que el planteamiento del problema que se propone no sólo se limita a un análisis jurídico, sino que éste se coteja con la realidad empírica, siendo el primero el orden normativo nacional e interamericano que se describe con precisión en el marco jurídico de los marcos referenciales, y el segundo, el caso propuesto sobre restricción de derechos políticos. Si se observa, el cuestionamiento nace de fenómenos sociojurídicos muy puntuales -tensión soberanía estatal versus supremacía convencional -, que no se configuran únicamente como fuente del problema, sino que, a raíz del análisis jurídico, se pretenden estructurar conclusiones propositivas que en últimas generarán un cambio en la estructura política y por ende, en la sociedad. Es decir, a partir de discernimientos integralmente jurídicos, generar herramientas igualmente jurídicas que

desemboquen en explicación de una realidad específica. En ese orden de ideas, “La investigación socio-jurídica no se queda en el conocimiento de los fenómenos sociales, sino que una vez conocidos los trasciende y los valora con relación a los fines políticos del Estado, para establecer de qué manera los modifica, para alcanzar las metas buscadas” (Ballén, 2010, pág. 48).

El trabajo de grado se ciñe al método hermenéutico de las ciencias sociales dentro del paradigma cualitativo, en tanto que el objeto propuesto corresponde a la comprensión de un fenómeno: la restricción de derechos políticos a partir del control de convencionalidad. La comprensión entraña no sólo el acto de conocer, o reconocer el sentido, sino la apropiación del mismo. Gadamer (1997, p. 325) explica que comprender implica la posibilidad de interpretar, detectar relaciones, extraer conclusiones en todas las direcciones, que es lo que constituye al “desenvolverse con conocimiento” dentro del terreno de la comprensión de los textos.

Se busca establecer los estándares interamericanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se deben tener en cuenta para la aplicación del control de convencionalidad en materia de restricción de derechos políticos en Colombia, para lo cual fue necesario identificar el número de casos sobre protección de derechos políticos tramitados en el sistema interamericano y cuántos involucran al Estado colombiano. También comprender las dimensiones axiológicas y el alcance jurídico de las categorías de análisis de Derechos Políticos y Control de Convencionalidad.

Para extraer los datos relacionados con los casos de Derechos Políticos en el Sistema interamericano de Derechos Humanos, se utilizaron las bases de datos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Su confiabilidad radica en ser bases de datos elaboradas directamente por las instituciones que emiten el dato requerido, es decir, son fuentes primarias. Interesa de estas bases identificar datos relacionados con nuestra categoría de análisis de Derechos Políticos. Al respecto, estas bases de datos brindan

información que va de los años 1978 hasta 2019 en el caso de la Corte, y de 1997 a 2017 frente a la Comisión.

En la orientación cualitativa, esta investigación se ubica dentro del plano observacional, puesto que no hay una manipulación experimental y simplemente, tras el planteamiento del problema, se observan los diferentes patrones en conflicto, se diferencian y se concluye sobre los mismos en relación al problema. En este caso los patrones a observar están consignados en los diferentes fallos de la Corte interamericana de Derechos Humanos y la literatura que se ha escogido para estructurar este trabajo, así como las normas legales, constitucionales y convencionales concernientes con el tema, tal y como se relaciona en el marco jurídico del proyecto de investigación. A su vez, dentro de las estrategias de recolección de información, se hará uso casi exclusivo la técnica documental en el enfoque de análisis del discurso (Dulzaides Iglesias, 2004).

Este enfoque documental consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura crítica de documentos y materiales bibliográficos, que se encuentran en bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e información y por ser la investigación de carácter jurídico propositivo, es necesaria la recolección y recopilación de información para proceder al análisis de la ley, la jurisprudencia, la doctrina y la realidad social con el fin de proponer una solución que logre menguar la vulneración al derecho del acceso a la justicia. (Ávila, 1999)

El análisis de fuentes documentales en perspectiva cualitativa busca, por un lado, la determinación de los estándares interamericanos en el caso de la normatividad y jurisprudencia interamericana, y de otro, la revisión de las posiciones hermenéuticas de autoridades académicas y jurídicas en la materia. Las primeras se obtuvieron de las bases de la Organización Estados Americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las segundas, mediante la adquisición de bibliografía

física y la consulta de bases acreditadas como Academia.edu, Google Scholar, Dialnet, Redalyc, Scielo, Latindex, Scopus, entre otras.

- Marco teórico de referencia.

En lo relacionado con el fundamento o marco teórico, se manejaron dos teorías estructurantes, por un lado, el realismo jurídico, y por el otro, el neoconstitucionalismo. El problema de investigación planteado en este trabajo es una incógnita que reúne presupuestos que van más allá del análisis normativo, puesto que en él se aglomeran circunstancias de tipo macro jurídico que no permiten diseñar una ruta de aplicación normativa lineal. En últimas, no son las normas ordinarias, sino principios de carácter constitucional y convencional, los que han sido sobrepuestos a través de un ejercicio integrador, para resolver los casos concretos en materia de derechos políticos. Es por eso que para ofrecer una respuesta al problema surgido frente a la inaplicación de normas del ordenamiento jurídico colombiano por parte de autoridades judiciales, administrativas y particulares, que eventualmente se contrapongan a disposiciones de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y pronunciamientos judiciales –elementos de *rattio*- de la Corte interamericana de los Derechos Humanos, debe guiarse la investigación por la senda teórica del realismo jurídico, siendo ésta la teoría que brinda la opción para hablar de un derecho de los jueces. De este modo es preciso recordar que en la mayoría de las escuelas de interpretación jurídica se presenta la inquietud sobre cuándo una norma es válida, justa y eficaz; el realismo jurídico no se deslinda de esta corriente, pero sí presenta un mayor enfoque en el último de estos presupuestos, a saber: la eficacia normativa, de ahí que el realismo jurídico sea la doctrina de la teoría del derecho que se ocupa de caracterizar al derecho a partir de la eficacia normativa, entendiendo la eficacia como la aplicación normativa, realizada por supuesto por autoridades judiciales (González, 2020).

Con lo anterior, la primera premisa que se debe identificar en los realistas, es sin lugar a duda que éstos no reconocen la definición estricta de derecho que lo define como “un conjunto de normas ideales que regulan la actividad humana en pro de la convivencia pacífica”, ya que para los realistas el derecho está más ligado a la eficacia que a la validez o la justicia. Entonces, si el derecho no debe identificarse con un compilado normativo –como tradicionalmente se ha definido- y se liga directamente al concepto de eficacia normativa, es procedente consultar los factores que determinan esta eficacia, los cuales pueden ser consuetudinarios o judiciales (Solar Cayón, 2014).

Son consuetudinarios cuando el conglomerado social acepta la práctica de una disposición normativa, para lo cual necesita previa identificación con las usanzas de dicho sector social, en otras palabras, es la aceptación de la costumbre como fuente de derecho y factor determinante de la eficacia normativa. En este caso la norma reconocida socialmente será eficaz porque desarrolla sus efectos en un conjunto de personas. También existen factores judiciales que determinan la eficacia de una norma, y que son en esencia los que preocupan al presente trabajo de investigación, en el entendido que la eficacia se mide judicialmente en la medida que un juez – en el trabajo se hace extensivo, eventualmente, a autoridades administrativas y particulares- acepte o no, la aplicación de una norma de derecho, que puede ser válida y justa, o lo contrario; a su vez, independientemente si la aplica con efectos inter parte o erga omnes, simplemente basta la aplicación para medir la eficacia (Solar Cayón, 2014).

Sobre esto es importante apuntar que en efecto, el juez es creador de derecho en la teoría realista, pero también, se advierte que este rol creador no le es asignado para ejercerlo a su arbitrio personal y debe aceptarse que éstos están acogidos a un sistema de derecho positivo que delimita su actuar cuando una norma se manifiesta con claridad, sobre todo en los países con una densa producción

legal –aspecto que puede variar en países con un sistema de costumbres como lo es el common law-, sin embargo, en el realismo jurídico el papel del juez distará mucho del propuesto por Charles De Secondat (1993), el barón de Montesquieu en “El espíritu de las leyes”, donde aseveró que: “(...) los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”, si a saber se tiene que para el realista el juez es productor de derecho, teniendo a su disposición la capacidad de emitir juicios ponderativos de valor que permitan la aplicación –total o parcial- o inaplicación de una norma jurídica – en general o en particular-.

En ese orden de ideas, a pesar de que es una doctrina moderadamente positivista, no es un campo donde deba hablarse de una teoría pura del derecho, donde la concentración del jurista se centra en los parámetros de validez y no permite influencia alguna de otra doctrina o ciencia en los campos del derecho, en cambio, para el realista jurídico es trascendental vincular el derecho con la sociología jurídica, ya que la aplicación o inaplicación de una norma sucumbe con consecuencias sociales, las cuales deberán ser medidas por el juez desde el punto de vista de la realidad y la conveniencia, siendo éste un garante de la tranquilidad social. El ideal de juez realista es aquel que logra compaginar el ejercicio judicial con las prácticas jurídicas de la sociedad y es quien define el derecho.

De lo anterior se desglosa que la teoría realista del derecho es una teoría indeterminista (Redondo, 1997), y es quizá, como se apreció en renglones que anteceden, la principal marcada diferencia con el positivismo radical de finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Al no ser una doctrina radicalmente positivista, permite resaltar las siguientes características: (i) La ley – o norma en general- no es un factor determinante del derecho, como sí lo son las costumbres y

necesidades sociales; (ii) la interpretación jurídica es transdisciplinar y no estrictamente normativista; y (iii) el derecho tiene un carácter instrumental para la sociedad, es decir, es un medio para la materialización de objetivos sociales. De este modo, el derecho puede entenderse desde la práctica judicial, como una práctica emancipadora y garante de los Derechos Humanos.

Estas características constituyen la configuración de un paradigma transformador en la teoría clásica del derecho, más sustantiva que formal. La teoría del realismo jurídico pretende consolidar la imagen de la ciencia del derecho como un medio y no como un fin, donde la máxima expresión es la providencia judicial y no la ley. Estos postulados han ganado especial terreno en el marco del establecimiento de los Estados constitucionales de derecho.

En cuanto a la teoría del neoconstitucionalismo, en este trabajo se tomará a partir de la adopción de un modelo axiológico de la Constitución normativa (Comanducci, 2002, pág. 98), la cual cobija la posibilidad de incorporar valores, principios o reglas en su alcance, atendiendo a instituciones como el bloque de constitucionalidad, el cual amplía el contenido y alcance de la Constitución por su contenido y formas de integración, sin perjuicio de quién lo haya generado (Pozzolo, 1998).

Siguiendo con los postulados de Comanducci (2002), el neoconstitucionalismo propone una idea de Constitución totalmente invasiva y capaz de irradiar los diferentes frentes sustantivos y adjetivos del derecho. Es por eso que esta teoría destaca la labor jurídica de los tribunales constitucionales mediante la creación de un sistema de precedentes articulado con la fuerza vinculante de la Constitución Política.

Ahora bien, la adopción de este modelo Constitucional se conjuga con el interés principal de la doctrina Neoconstitucionalista al dotar al juez Constitucional de un papel más sustancial en la

materialización de los derechos a través de la interpretación moral de la Constitución, lo cual se denota y reconoce en las sentencias del juez Constitucional al adquirir efectos erga omnes. Susanna Pozzolo (1998), establece que la interpretación moral de la Constitución abre el peligro al denominado “gobierno de los jueces”, y al menos en parte, el peligro de un gobierno de los juristas que disuelve, es cierto, el terrible peligro que en democracia se produzca la llamada “tiranía de la mayoría” (p. 348).

Uno de los ejes del neoconstitucionalismo ideológico tiene que ver con la aplicación de dichos postulados en un sistema de justicia constitucional multinivel, que integre el orden local con los sistemas internacionales de Derechos Humanos (Hoyos, 2015), aspecto que es fundamental en esta investigación, pues bajo esa idea será posible desarrollar la viabilidad del control de convencionalidad y fijación de estándares para la protección de derechos políticos desde el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos.

Todos los elementos esbozados en esta parte introductoria, se reflejan en tres capítulos relacionados de forma directa con los objetivos propuestos. En el primer capítulo se presenta el concepto y alcance de los Derechos Políticos en la teoría y en el ordenamiento local e interamericano. Por su parte, el segundo capítulo desarrolla la institución jurídica del control de convencionalidad y su concreción a través de la fijación de estándares y su carácter vinculante frente al Estado colombiano, y por último, el tercer capítulo recoge estas premisas e identifica los estándares interamericanos aplicables en materia de derechos políticos, los cuales se revisarán a partir del caso contencioso Gustavo Petro vs. Colombia en sede local e internacional.

CAPÍTULO I:

DERECHOS POLÍTICOS: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y ALCANCE JURÍDICO

En este capítulo se da respuesta al objetivo de la investigación relacionado con el desarrollo de la categoría de análisis de derechos políticos, partiendo de un enfoque teórico y su marco jurídico general en el ordenamiento colombiano y el sistema interamericano de promoción y protección de Derechos Humanos. Para ello, es preciso (i) abordar la doble dimensión política y jurídica de los derechos políticos, para después, (ii) desarrollar su alcance jurídico tanto en el ordenamiento constitucional colombiano como en el corpus iuris interamericano.

1. Fundamentos teóricos de los Derechos Políticos.

Los derechos políticos, si bien es cierto son considerados una categoría de los Derechos Humanos, han sido desarrollados por la filosofía política y la filosofía del derecho desde antes que se promulgaran las diferentes declaraciones sobre Derechos Humanos en el siglo XX. La participación democrática y la ciudadanía son conceptos que han evolucionado progresivamente desde su abordaje en las antiguas Polis Griegas hasta su noción dentro de los Estados actuales. La conjugación de estas premisas da lugar a la concepción de derechos de ciudadanía que hoy se reconocen como derechos políticos en la escena del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que están estrechamente vinculados con la participación del ciudadano en sociedad dentro del esquema del derecho-deber. En este sentido, son “llamados también derechos del ciudadano, son prerrogativas reconocidas exclusivamente a las personas con la calidad de

ciudadanos precisamente, que facultan y aseguran su participación en la dirección de los asuntos públicos, incluido el derecho a votar y ser votado” (Molina, 2006, p. 76).

Acudiendo a las reflexiones teóricas de Foucault en torno a la función del ciudadano libre respecto de sí mismo y la sociedad, es factible afirmar que “(...) el trabajo de nosotros mismos sobre nosotros mismos en nuestra condición de seres libres” (Foucault, 2003, p. 396) y, por ende, los Derechos Políticos deben ser entendidos como Derechos Humanos de Libertad que, aunados a los rasgos de la soberanía popular, dotan de legitimidad tanto la estructura como el funcionamiento del Estado. De este modo, son estructurales para condensar la configuración de una sociedad democrática, considerando que relacionan los componentes de legitimidad que se desprenden de la soberanía popular como fuente política prejurídica (Marshall, 2010).

Los elementos presentados permiten identificar diferentes fundamentos teóricos de este tipo de derechos. Por un lado, lo concerniente a su dimensión política, y por el otro, su concreción en una dimensión jurídica. Cada uno de estos fundamentos tiene un alcance distinto, por tanto, es necesario desarrollarlos de forma independiente para poder distinguirlos.

1.1. Fundamentación material de los derechos políticos o dimensión política.

El fundamento material de los derechos políticos está relacionado con el problema del poder político y la explicación de su legitimidad, es decir, recoge su naturaleza política y no jurídica. Este enfoque reconoce que con anterioridad al establecimiento del ordenamiento jurídico está el hecho político, el cual se desprende del ejercicio de la soberanía popular y legitima el orden constituido. En pocas palabras, la dimensión política de los derechos políticos se refiere a la

potestad originaria o constituyente que tiene el pueblo, lo que Marshall (2010) explica como “La respuesta de la soberanía popular a esta pregunta se articula como una imputación al pueblo de un poder pre jurídico para fundar mediante un acto de voluntad el orden estatal que desea” (p. 247).

La idea de derechos políticos como expresión de soberanía en perspectiva de un poder originario puede abordarse desde dos orillas teóricas claras, a saber: (i) la teoría del Estado de Bodino (1997) frente a la relación entre Estado y soberanía como elemento constitutivo, y (ii) el contractualismo filosófico, especialmente el de Rousseau, como fundamento del poder político y la caracterización de la soberanía popular.

En la teoría de Bodino, explica Echandi Guardián (2009, p. 170), los elementos constitutivos del Estado son territorio, pueblo, orden jurídico, poder público y soberanía, siendo ésta última la condición legitimadora, sin la cual no hay Estado. Bajo este entendido, tanto en el orden jurídico como el orden público son constituidos por el ejercicio de la soberanía. Esto lo comenta Mesnard (1960) en los siguientes términos:

(...) La soberanía constituye el principio, la forma política. Sin soberanía no hay república, desde luego; pero como no hay realidad política anterior a la república, es decir, a la comunidad constituida en el Estado, la república es el dato concreto e inicial, la unidad de cuenta en materia política. (p. 91)

La idea de soberanía ha sido la piedra angular para la configuración de los Estados modernos, sobre todo democráticos. Como lo expresa Orejuela (2000), primero es el hecho político y después el Derecho. La soberanía popular en este sentido puede ser entendida como un poder que no requiere de reconocimiento formal para hacerse práctico, es un poder inherente a la condición humana en un contexto social. Es en este punto donde cobra relevancia el razonamiento

contractualista, pues en el caso de Rousseau, no sólo explica el surgimiento del Estado a partir de dicho poder soberano, sino que va más allá de sus atributos y lo fundamenta (Martínez Dalmau, 2010).

No cabe duda que el cimiento teórico del poder político con enfoque democrático está en El Contrato Social de Rousseau (1985). Fue en esta obra donde el autor explicó el principio de soberanía popular y lo fundamentó a partir de una caracterización específica, dejando claro que se trata de un derecho de naturaleza originaria (i) inalienable, (ii) indivisible e (iii) ilimitado. Dicho poder recae exclusivamente en el pueblo o cuerpo político, quien es denominado como el soberano.

El carácter inalienable de la soberanía popular hace referencia a la irrenunciabilidad de la misma. Bien se afirmó en el párrafo anterior que ésta recae exclusivamente en el pueblo, lo cual indica que, ni siquiera en escenarios de democracia representativa la soberanía podrá resultar transferible. Esto lo expresa Rousseau (1985) en los siguientes términos:

Afirmo, pues, que no siendo la soberanía sino ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero no la voluntad. (p. 23)

Es claro que el soberano no es un ente constituido, todo lo contrario, es un poder constituyente, el cual no se representa por nadie sino por sí mismo: el pueblo. Esto permite comprender cómo en las democracias representativas, el poder político que ejercen los mandatarios no es soberano sino constituido o creado por la voluntad general asociada al pueblo. Sobre la relación entre estos, el autor suizo sostiene lo siguiente:

Esto no quiere decir que las órdenes de los jefes no puedan ser tenidas como la expresión de la voluntad general, en tanto que el cuerpo soberano, libre para oponerse

a ellas, no lo haga. En caso semejante, del silencio general debe presumirse el consentimiento popular (Rousseau, 1985, p. 24)

Así, una de las consecuencias de la inalienabilidad de la soberanía popular radica en una presunción de consentimiento popular cuando no hay insurrección o reacción frente al orden público y jurídico, pero también es cierto que la activación del poder soberano siempre estará latente. Es por eso que el liberalismo revolucionario expresado en la Revolución Francesa, indica que cada generación tiene el derecho imprescriptible de darse su propia Constitución (Fernández, 2019), siendo este un derecho verdaderamente natural al ser prejurídico y, por tanto, independiente de todo poder constituido.

La siguiente característica de la soberanía popular tiene que ver con su indivisibilidad. El autor de El Contrato Social es muy claro cuando afirma que ésta “es indivisible por la misma razón que es inalienable; porque la voluntad es general o no lo es (...)” (Rousseau, 1985, p. 24). Lo anterior indica que la soberanía, como principio, no es predicable respecto del individuo sino del cuerpo político que es el pueblo. Admitir una división en la soberanía supone el sacrificio de voluntades supremas que constituyen la voluntad general.

Observando asimismo las otras divisiones, se descubrirá todas las veces que se incurre en el mismo error: es la del pueblo, o la de una parte de él. En el primer caso, los derechos que se toman como partes de la soberanía, están todos subordinados a ella, y suponen siempre la ejecución de voluntades supremas. (Rousseau, 1985, p. 24)

Lo planteado por el ginebrino resulta muy necesario para dimensionar el alcance práctico de la soberanía popular en contextos de insurrección frente a los poderes constituidos y cómo el poder ejercido por el pueblo no obedece a facciones sino al principio de la voluntad general, la cual no

puede asignarse a individuos. Es por eso que los procesos revolucionarios, entre ellos el francés - inspirado en gran parte en la teoría de Rousseau-, parten de la activación del poder soberano y su expresión como movimiento de masas, sin perjuicio de la elección de representantes, quienes como ya se dijo, reciben una transferencia de poder constituido, más no de soberanía. En este sentido, la revolución como expresión soberana del pueblo frente al orden público es un derecho político (Locke & Groisman, 1973).

En este orden de ideas, tampoco se puede afirmar que hay división de la soberanía cuando se establece el orden público y éste se distribuye en ramas con funciones concretas, pues aunque se trate de un ejercicio de poder, no lo es de soberanía. Una cosa es la Ley soberana, entendida como acto político constitutivo del Estado -orden público- y legitimadora del orden jurídico, y otra muy diferente es la aplicación o ejecución de las fuentes de derecho o relaciones políticas creadas por estamentos constituidos. Al respecto Rousseau (1985) hace la siguiente precisión:

Este error proviene de que no se han tenido nociones exactas de la autoridad soberana, habiendo considerado como partes integrantes lo que sólo eran emanaciones de ella. Así, por ejemplo, el acto de declarar la guerra como el de celebrarla paz se han calificado actos de soberanía; lo cual no es cierto, puesto que ninguno, de ellos es una ley sino una aplicación de la ley, un acto particular que determina la misma, como se verá claramente al fijar la idea que encierra este vocablo. (p. 24)

Además de ser un derecho natural indivisible, también es ilimitado. Esta es una de sus principales características, sin la cual no podría entenderse como un acto político. La soberanía es por naturaleza ilimitada, es decir, representa un poder absoluto frente a la determinación constitutiva del orden público y jurídico. Al ser un elemento anterior al Derecho, éste no puede limitarlo. Sobre este punto, el inspirador de la revolución francesa indica:

Así como la naturaleza ha dado al hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos. Es éste el mismo poder que, dirigido por la voluntad general, toma, como ya he dicho, el nombre de soberanía. (Rousseau, 1985, p. 27)

Como se puede observar, Rousseau pone al pueblo en el centro del pacto social y es enfático en el carácter ilimitado de la soberanía. Es por esto que Martínez Dalmau (2010) plantea que hay una tensión inevitable entre la democracia y el constitucionalismo, pues mientras este último en su dimensión histórica se refiere al control y limitación del poder político, el otro representa en cierto modo un poder absoluto no limitable por las instituciones constituidas, ya que éstas dependen de él. Entonces, ¿No tiene límites el pueblo en ejercicio de su soberanía? La respuesta a esta pregunta también la ofrece el autor español, quien refiere que el carácter ilimitado de la soberanía se dirige a fuentes extrínsecas, siendo sus únicos límites los intrínsecos, es decir, los que se da a sí mismo dependiendo del contexto socio-histórico (Martínez Dalmau, 2015).

La teoría de Rousseau es considerada la más radical del contractualismo, no en vano fue base de inspiración para las revoluciones de la burguesía liberal de finales del siglo XVIII. Esto sirve para entender la referencia a los límites intrínsecos, por ejemplo, la disposición sobre la vida y la muerte, aplicada en el proceso revolucionario francés de los postulados de Rousseau (1985), así:

El contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes. El que quiere el fin quiere los medios, y estos medios son, en el presente caso, inseparables de algunos riesgos y aun de algunas pérdidas. El que quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe también exponerla por ellos cuando sea necesario. En consecuencia el ciudadano no es juez del peligro a que la ley lo expone, y cuando el soberano le dice: "Es conveniente para el Estado que tú mueras" debe morir, puesto que bajo esa

condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado. (p. 31)

También advierte que “Los indultos frecuentes son indicio de que, en no lejana época, los delincuentes no tendrán necesidad de ellos” (p. 33), anticipando que el contexto delimita el alcance de las decisiones del grupo político en el marco de la soberanía. Esto resulta claro si comparamos muchas de las sociedades del siglo XX y XXI en relación con las del siglo XVIII, donde estas medidas se hacen cada vez más decrecientes, inclusive en procesos revolucionarios (Chenoweth & Stephan, 2014). Para la muestra, la Constitución Política de 1991 de Colombia fue producto de un proceso denominado como “la séptima papeleta”, el cual, mediante el acto político logró la convocatoria de una constituyente que no estaba contemplada en la Constitución de 1886, resaltando el carácter prejurídico de la soberanía, sin acudir a métodos como la decapitación de las autoridades constituidas como en el caso francés del siglo XVIII.

Para cerrar la idea de soberanía en Rousseau (1985), es preciso presentar la conclusión que él mismo presenta sobre qué es un acto de soberanía a partir de las tres características mencionadas, así:

Por la naturaleza del pacto, todo acto de soberanía (...) obliga o favorece igualmente a todos los ciudadanos; de tal suerte que el soberano conoce únicamente el cuerpo de la nación sin distinguir a ninguno de los que la forman. ¿Qué es, pues, lo que constituye propiamente un acto de soberanía? No es un convenio del superior con el inferior, sino del cuerpo con cada uno de sus miembros; convención legítima, porque tiene por base el contrato social; equitativa, porque es común a todos; útil, porque no puede tener otro objeto que el bien general, y sólida, porque tiene como garantía la fuerza pública el poder supremo. (p. 29-30).

1.2. Sobre la idea de poder constituyente.

En la teoría de J. J. Rousseau no se hace referencia directa al poder constituyente primario u originario, sin embargo, es utilizada comúnmente para explicarlo, ya que se ha asociado con las ideas de voluntad general y soberanía popular (Nogueira, 2009) descritas en el subtítulo anterior. En realidad, fue el parisino Sieyés (1988) quien introdujo la doctrina del poder constituyente en 1789 con su obra *Clásica ¿Qué es el Estado Llano?*

Después de la revolución liberal norteamericana que introdujo el concepto de Constitución como documento político y jurídico con las constituciones liberales revolucionarias (Grau, 2001) desde 1776 hasta 1787 con la Constitución de Filadelfia, su implementación comenzó a hacerse más frecuente tras procesos de soberanía. Martínez Dalmau (2010), a propósito de esta idea, sostiene que la noción revolucionaria de Constitución pretendió dotar de legitimidad al constitucionalismo o a las formas de control del poder político, pues se trata de un documento promulgado directamente por el pueblo que establece las bases dogmáticas y orgánicas del Estado.

Este fenómeno hizo necesario el desarrollo de la teoría sobre el poder constituyente propuesta por Sieyés. Indica Nogueira (2009) que para Sieyés “el poder constituyente es un poder soberano, el cual no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la Constitución; el poder constituyente es un poder pre-jurídico que actúa libre de toda forma y control” (p. 231). De este modo, se entiende como el poder soberano con capacidad para crear o promulgar una Constitución. Puede notarse la inspiración rousseauiana en la construcción del concepto.

La capacidad que tiene el pueblo para dotarse de su propia Constitución democrática, es en esta dimensión, un derecho político. Es por esta razón que la Constitución es considerada la principal norma dentro de un ordenamiento jurídico, cuya función es esencialmente legitimadora, pues a diferencia del resto de normas, ésta es promulgada directamente por el poder soberano. Mientras las normas, en general, parten de un criterio de validez conforme al orden jurídico establecido, la Constitución parte de un criterio de legitimidad asociado con su naturaleza política (Schmitt, 1982). De ahí que se denomine Constitución Política y no Constitución Jurídica.

Una de las características del poder constituyente originario en el marco de un Estado con un orden jurídico y público instituido, hace referencia a su carácter extraordinario. Lo anterior quiere decir que no es a través del poder constituyente primario que el Estado funciona en su regularidad, pues la creación de normas y su aplicación está en cabeza del aparato institucional o poder constituido, el cual se explicará brevemente en próximas líneas. De este modo, a pesar de que es un poder que siempre está presente, ya que es inherente al grupo político, su práctica no es cotidiana y su activación es un fenómeno considerado latente, es decir, que puede darse de forma inminente cuando las condiciones socio-políticas lo exigen. Nogueira (2009) explica este componente extraordinario de la siguiente manera:

El poder constituyente es extraordinario ya que no opera regularmente como una potestad estatal, sino solamente en los momentos en que el ordenamiento constitucional entra en crisis y debe ser cambiado o sustituido. El poder constituyente como poder supremo se encuentra siempre latente mientras opera la Constitución y los poderes constituidos derivados de ella, como producto del ejercicio del poder constituyente. El ejercicio del poder constituyente reaparecerá cada vez que su titular,

el cuerpo político de la sociedad, lo demande para generar un nuevo orden constitucional. (p. 233)

Nogueira (2009) complementa la idea mostrando la distinción de funciones entre el poder constituyente primario y los poderes de tipo constituido:

Asimismo, el ejercicio del poder constituyente por una Asamblea Constituyente no debe realizar otras funciones de poder legislativo, ya que no posee autoridad ni legitimidad para ello en la medida que el texto constitucional no haya sido aprobada por el titular del poder constituyente que es el pueblo, luego de lo cual la asamblea constituyente desaparece, quedando vigente la Constitución y los órganos constituidos establecidos en ella. (p. 233)

Otra característica de este poder está vinculada con su autonomía. No hay poder diferente a éste que pueda imponer límites o establecer propósitos a la hora de promulgar disposiciones constitucionales. Los franceses entendieron muy bien el carácter autónomo del poder constituyente, lo que se reflejó en la premisa histórica de su Carta Política de 1791, la cual estableció en el Título VII que “La Asamblea Nacional Constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución”, como en efecto lo hicieron en reiteradas ocasiones.

La creación de una Constitución es resultado de un proceso democrático, de lo contrario no puede atribuirse la legitimidad y, en este punto está claro que las limitaciones democráticas son intrínsecas, por tanto, la autonomía en la determinación dogmática y orgánica de la Constitución es un asunto exclusivo del pueblo y ninguna facción puede asignarse la representativa del grupo

político. Como sostiene Maritain (1983), “el pueblo está por encima del Estado, el pueblo no es para el Estado, el Estado es para el pueblo” (p. 40).

De la teoría del poder constituyente se desprende la existencia de un poder constituido que recae en todas las autoridades u órganos a quienes el poder constituyente les entrega la facultad ordinaria de ejercer poder político mediante la Constitución, ya sea en funciones de gobierno, creación normativa o resolución, pero no tienen competencia para reformarla, mucho menos para crearla (Azellini, 2015). En esta orilla del poder se encuentran todas las instituciones del Estado, incluyendo al cuerpo legislativo, quien por naturaleza es instituido, aunque con el tiempo se le han asignado ciertas funciones constituyentes (Martínez Dalmau, 2015). A este último fenómeno se le conoce en la Teoría Política por poder constituyente derivado o constituido.

La doctrina del poder constituyente derivado no es propia de la teoría de Sieyès ni del liberalismo revolucionario del siglo XVIII, de hecho, su creación se asocia con la reacción conservadora del siglo XIX cuando la burguesía deja de ser revolucionaria para constituirse como hegemónica (Martínez Dalmau, 2015) con la intención de contener cualquier intento de insurrección que amenazara su estado político. Esto permitió que se desarrollara el denominado poder de reforma, que no es otra cosa diferente a la creación de un poder constituyente constituido, el cual, si bien no puede crear una Constitución, sí puede reformarla. Como indica Nogueira (2009), “posibilita adecuaciones de la Constitución manteniendo la continuidad e identidad de la misma y de sus principios fundamentales, poder de reforma constitucional que radica en órganos constituidos representativos de la voluntad popular” (p. 238)

Al no tratarse de un poder prejurídico, sino reconocido por el derecho, sus actos no son autónomos ni ilimitados. El poder constituyente derivado está “sometido a la Constitución y pueden sus actos ser objeto de control de constitucionalidad por el órgano jurisdiccional encargado de velar por la

defensa de la Constitución y la idea de derecho válida contenida en la misma” (Nogueira, 2009, p. 240). Es por eso que para controlar su alcance se ha dicho que la Constitución como documento legítimo tiene cláusulas de intangibilidad frente al poder de reforma que ejerce el legislativo en sus funciones excepcionales como constituyente. Zagrevelsky (2000) plantea que el establecimiento de estos límites es necesario, dadas las siguientes razones:

el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: ‘los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos (p.73)

Dicha postura es considerada como un desarrollo del planteamiento de Schmitt en su trabajo clásico sobre la teoría de la Constitución, quien afirma que la idea de un poder constituyente legislativo sólo es admisible si se asegura la continuidad de los elementos esenciales de la Carta Política sin que su alcance permita una sustitución constitucional. Teoría que más adelante servirá de apoyo para el establecimiento de vicios competenciales y el conocido examen de sustitución constitucional. Schmitt (1982) lo plantea de la siguiente manera:

Una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: la facultad de reformar la constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva

Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional. (p. 119)

Los límites de los que acá se habla pueden ser explícitos o implícitos, autónomos o heterónomos y, absolutos o relativos (Nogueira, 2009). Son explícitos cuando están consagrados de forma literal en la Constitución, mientras que los implícitos son los que se coligen del contenido. Hay límites autónomos cuando éstos se desprenden del orden constitucional, pero también los hay heterónomos cuando provienen de un orden diferente, por ejemplo, cuando a través del bloque de constitucionalidad se incorporan como parámetro hermenéutico disposiciones de Derechos Humanos, lo cual serpa desarrollado en el capítulo II de este trabajo por guardar directa relación con el problema de investigación. Por último, son absolutos cuando no admiten ningún ajuste, y, relativos cuando pueden adecuarse sin sustituir su esencia.

Es así como el concepto de poder constituyente ha evolucionado al punto de reconocer manifestaciones derivadas, pero es importante aclarar que, frente a la dimensión o fundamentación política de los derechos políticos, éstos únicamente harán referencia al escenario originario, pues el poder constituyente derivado, como se ha demostrado, es un poder limitado por el derecho, lo que lo ubica en la dimensión jurídica relacionada con la función pública.

2. Fundamentación formal de los derechos políticos o dimensión jurídica.

El fundamento formal de los derechos políticos se refiere a su dimensión jurídica, es decir, a la concreción en ordenamientos integrados por fuentes formales de derecho, ya sea a nivel local o transnacional. Bajo este esquema, su diferenciación con la dimensión política radica en el alcance

de los mismos, considerando que su dimensión jurídica – al ser constituida- es limitada y se refiere al ejercicio de derechos de ciudadanía (Hurtado, 2019).

Los derechos políticos entendidos como derechos de ciudadanía desprenden su carácter fundamental de algunos de los elementos presentados en la dimensión política y tienen connotación de derecho-deber, razón por la cual deriva en el reconocimiento y amparo de los demás derechos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, informe democracia y Derechos Humanos en Venezuela).

Frente a esta comprensión de los derechos políticos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1990) ha sido muy enfática en referir que éstos guardan relación con la mayoría de derechos de libertad, como lo expresó en las siguientes líneas del informe sobre la situación de Derechos Humanos en Haití en 1990:

Los Derechos Políticos son Derechos Humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático.

Estas posiciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demuestran que la dimensión jurídica de los derechos políticos no se reduce a los ordenamientos jurídicos locales, sino que, en el caso de América, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se ha ocupado de su regulación y cuenta con desarrollos tanto normativos como jurisprudenciales que permiten delimitar su alcance.

2.1. Los derechos políticos en el cuerpo jurídico interamericano.

El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos desde sus orígenes ha reconocido la naturaleza fundamental de los Derechos Políticos, es por eso que la Convención Americana de Derechos Humanos – en adelante Convención o Pacto de San José-, en su artículo 23.1 los consagra y categoriza en las siguientes manifestaciones que representan su alcance: (i) Participación política: participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, (ii) Sufragio activo y pasivo: votar y ser elegidos 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, y (iii) Función pública: tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Cada Estado parte de la Convención, en ejercicio de su soberanía puede ampliar las expresiones jurídicas de derechos políticos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, además de establecer el alcance fáctico de los Derechos Políticos, delimitó su naturaleza dogmática, fijándolos como garantías de tipo relativas y negándole una condición de prerrogativas absolutas. Así, el artículo 23.2 de la prenombrada norma indica que “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”. Estas pautas normativas representan causales válidas de restricción de Derechos Políticos, distinguiendo dos órbitas: (i) causas naturales o civiles, y (ii) causas propias del derecho sancionatorio.

Sobre las denominadas causas de restricción, frente a las civiles o naturales se pueden precisar algunas posibilidades como las siguientes: la limitación del ejercicio de los derechos políticos en razón de la edad exigida por el país para adquirir la ciudadanía; la exigencia de nacionalidad para

gozar de ciertos derechos como el sufragio o, inclusive, la residencia; el dominio del idioma oficial para acceder a determinados cargos dentro de la función pública; no tener instrucción militar y gozar de plenas capacidades civiles o mentales conforme al ordenamiento jurídico. En cuanto a las causas sancionatorias², la norma es clara en establecer que se podrá sancionar con la restricción de derechos políticos a través de una condena emitida por juez competente en un proceso penal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es su calidad de intérprete máximo del Pacto de San José ha proferido diferentes sentencias que determinan el alcance de los derechos políticos en su dimensión jurídica desde el Sistema Interamericano. En las líneas subsiguientes se presentarán las principales, partiendo del esquema presentado por el propio tribunal interamericano en la edición No. 20 de su Cuadernillo de jurisprudencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Sobre la importancia de los derechos políticos en el establecimiento de sociedades democráticas y pluralistas, el sistema interamericano cuenta con la Carta Democrática Interamericana, cuyo artículo 3 refiere la relación directa entre los propósitos democráticos y las tres categorías de derechos políticos dadas por la Convención, en las siguientes palabras:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del

² Este punto se desarrollará con una mayor precisión en el Capítulo III, en el cual se hará el análisis específico de los estándares de restricción de derechos políticos por vía sancionatoria en relación con varios de los mecanismos utilizados por los Estados, tales como el juicio político, el control fiscal y el control disciplinario.

pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos. (Organización de Estados Americanos, 2001)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) en la sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. México*, reafirma los objetivos de la carta democrática y dispone que los derechos políticos establecidos en la Convención son esenciales para garantizar el pluralismo y las garantías fundamentales y añade que, ni siquiera en circunstancias de excepción, se pueden suspender las garantías judiciales que buscan su protección. A continuación, lo dispuesto por el máximo tribunal interamericano:

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos. (Párr. 140)

Sobre su contenido y alcance, la sentencia del caso *Yatama vs. Nicaragua* es bastante pertinente para comprender cada una de las categorías de derechos políticos fijadas en el Pacto de San José. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) determina que frente a (i) la participación política se entiende como amplias y diversas actividades que las personas realizan con el propósito de intervenir en la dirección de los asuntos públicos y la influencia en la formación e la política del Estado (párr. 196), y el derecho (ii) al sufragio o elegir y ser elegido, es una concreción de la dimensión individual y social de la participación política (párr. 197) y sostiene que “el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y

una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política (párr. 198). Por último, en lo relacionado con (iii) la función pública, explica la importancia de establecer directrices que permitan el acceso de los ciudadanos en condiciones de igualdad, ya sea para cargos de elección popular, carrera, nombramiento o designación (párr. 200).

En lo que respecta a estos derechos, la ya citada sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. México* manifiesta que son derechos diferenciales, es la medida que sólo pueden ser ejercidos por ciudadanos, a quienes además del derecho, se les deben garantizar las oportunidades de ejercicio, como se observa a continuación:

El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades” (párr. 145).

Se puede observar que los derechos políticos tienen un desarrollo suficiente en el corpus iuris interamericano a nivel de contenido y alcance. También se ocupa de su delimitación y circunstancias de restricción tanto civiles o naturales como sancionatorios, siendo estas últimas las que interesan al presente trabajo y cuyos estándares serán expuestos en el capítulo tercero.

2.2. Los derechos políticos en el ordenamiento jurídico colombiano.

En el subtítulo anterior se esbozó que la Convención Americana sobre Derechos Humanos exhorta a que cada país regule los derechos políticos y sus oportunidades de ejercicio conforme a los parámetros que ésta establece. En el caso colombiano, el poder constituyente primario cuando promulgó la Constitución Política de 1991 estableció siete manifestaciones de derechos políticos en su artículo 40: (i) derecho al sufragio: elegir y ser elegido; (ii) tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática; (iii) constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, así como formar parte de ellos y difundir sus ideas libremente; (iv) revocar el mandato de mandatarios electos popularmente conforme a la legislación; (v) tener iniciativa en las corporaciones públicas; (vi) interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley; y (vii) acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Estos derechos se reconocen como derechos fundamentales. Con lo anterior, adoptó y complementó las categorías reconocidas por el Pacto de San José.

Es claro que el ordenamiento constitucional colombiano toma las bases de las tres categorías de derechos políticos de la Convención y las complementa con otras que resultan de vital importancia en el ejercicio de la ciudadanía, aunque en el fondo, todas son formas de participación política.

El ordenamiento jurídico colombiano otorga un estatus de derechos relativos a estas garantías políticas, y en ese orden de ideas, incorpora premisas normativas que permiten su limitación en diferentes escenarios, por ejemplo, en las denominadas causas civiles o naturales se incorporan condiciones asociadas a la edad y la nacionalidad, como puede observarse en los requisitos para

ser senador, representante a la cámara o presidente, establecidos en los artículos 172³, 177⁴ y 191⁵ constitucionales, o inclusive, el presupuesto de los dieciocho años para adquirir la ciudadanía y las posibilidades de renuncia y suspensión de la misma conforme al artículo 198⁶. Por razones de instrucción también puede tenerse en cuenta la negación del derecho al sufragio para los miembros de la fuerza pública, dispuesta en el artículo 219⁷.

Frente a la restricción de derechos políticos por vía sancionatoria, las cuales son objeto de análisis en el presente trabajo, el ordenamiento local también ofrece diferentes escenarios, tales como la limitación de ejercer funciones públicas por la comisión de determinados delitos señalada en el artículo 198, la cual se adecúa al parámetro convencional. Sin embargo, en el sistema colombiano se contemplan otro tipo de mecanismos restrictivos desde el derecho sancionatorio, como es el caso del juicio político o impeachment realizado por el Congreso de la República y los controles de tipo fiscal o disciplinario, adelantados por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, respectivamente.

En lo relacionado con el juicio político, en Colombia se admite esta figura para altos funcionarios con fuero constitucional, específicamente, el presidente de la República o quien haga sus veces; contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte

³ “Artículo 172. Para ser elegido senador se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección”

⁴ “Artículo 177. Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección”

⁵ “Artículo 191. Para ser presidente de la República se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años”

⁶ “Artículo 98. La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley. Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la ciudadanía, podrán solicitar su rehabilitación. PARAGRAFO. Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años.”

⁷ “Artículo 219. La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley. Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos”

Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación. No importa si están en funciones o por fuera del cargo. Así lo dispone el artículo 174⁸ constitucional. Sobre esta medida afirma Lozano (2009) que:

(...) no constituye una forma de control político en sentido estricto ya que este último persigue una responsabilidad de gobierno por sus actuaciones en términos de conveniencia y oportunidad política y no situaciones individualmente consideradas que involucran una sanción por la ruptura o desconocimiento del orden constitucional, como sí lo supone la destitución en el juicio político. Se trata, en consecuencia, de una distinción entre la responsabilidad exclusivamente personal en el juicio político frente a la responsabilidad de la actuación de gobierno bien sea individual o colectiva en el control político. (p. 1)

En cuanto al control fiscal y disciplinario, son funciones públicas ejercidas por la Contraloría y la Procuraduría. La primera se ocupa de la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos, y el segundo “tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro” (Corte Constitucional, 2009, sentencia T-161). La

⁸ “Artículo 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”

declaratoria de responsabilidad fiscal o disciplinaria supone una sanción que restringe el ejercicio de los derechos políticos.

El más estudiado de estos mecanismos es tal vez el control disciplinario ejercido por la Procuraduría como cabeza del Ministerio Público. La labor disciplinaria desempeñada por esta autoridad administrativa en relación con la posibilidad que ésta tiene de destituir e inhabilitar políticamente funcionarios públicos se desprende esencialmente de (i) los artículos 277 y 278 de la Constitución Política de 1991 y (ii) la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, la cual, a pesar de la expedición de la Ley 1952 de 2019 o Código General Disciplinario, continúa vigente hasta el día 30 de junio de 2021, según lo dispuesto en el artículo 140 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

Sobre las funciones del Procurador General de la Nación, dice el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución de 1991:

“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 (...)”

Por su parte, reza el numeral 1 del artículo 278:

“Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: 1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas:

infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo (...)"

De las prenombradas normas constitucionales se puede extraer que la Procuraduría ejerce poder disciplinario frente a servidores públicos, bien sea de carrera, libre nombramiento y remoción, electos popularmente, entre otros. De otro lado, se indica que el resultado de la acción disciplinaria puede derivar en sanciones, las cuales serán establecidas por la legislación, sin embargo, prevé que una de las diferentes sanciones puede ser la desvinculación del cargo o destitución.

Ahora bien, considerando que el texto constitucional remite al apartado legal para determinar cuáles son las sanciones que la Procuraduría puede imponer, es relevante citar lo que sobre el particular se desarrolla en el Código Disciplinario Único. Esta norma establece los siguientes tipos de sanción⁹: (i) destitución e inhabilidad política, (ii) suspensión en el ejercicio del cargo, (iii) multa y (iv) amonestación escrita.

En relación con la limitación de derechos políticos destacan las sanciones de destitución e inhabilidad, al igual que la suspensión en el ejercicio del cargo, ya que implican la imposibilidad

⁹ "Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas."

de ejercer la función pública por un tiempo determinado. Sobre la definición y alcance de las sanciones, dispone el artículo 45 de la Ley 734 de 2002:

“Artículo 45. Definición de las sanciones. 1. La destitución e inhabilidad general implica: a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) La desvinculación del cargo, (...), o c) La terminación del contrato de trabajo y, d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera. 2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo (...)”

La misma norma contempla que la inhabilidad política puede ascender a veinte años, y cuando se trate de faltas que involucren un detrimento patrimonial al Estado, puede llegar a ser permanente¹⁰. Este marco jurídico, teniendo en cuenta que se admite la restricción de derechos políticos por decisiones de autoridades administrativas, contrasta con el contenido y alcance que el cuerpo jurídico interamericano le da a este tipo de derechos.

Estos elementos hacen necesario analizar cuál es la circularidad normativa o relación entre el ordenamiento jurídico local y el interamericano, y qué tanta fuerza vinculante tiene este último sobre el colombiano. Para ello es preciso comprender instituciones como las del bloque de

¹⁰ “Artículo 46. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente”

constitucionalidad, el control de convencionalidad y la doctrina de los estándares interamericanos, temas que serán tratados en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DOCTRINA DE LOS ESTÁNDARES

INTERAMERICANOS

En este capítulo se desarrolla el objetivo de la investigación relacionado con el análisis jurídico y teórico del control de convencionalidad y su diseño dogmático a partir del reconocimiento de estándares interamericanos. Para ello, es preciso (i) desarrollar el bloque de constitucionalidad y su inserción en el ordenamiento jurídico colombiano, (ii) determinar los elementos generales del control de convencionalidad desde el ordenamiento interamericano y posiciones académicas, y, por último, (iii) su materialización a través de la doctrina de los estándares interamericanos.

1. Bloque de Constitucionalidad frente a instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

El alcance de la Constitución como documento político y jurídico que establece valores, principios, derechos y deberes, y organiza las instituciones del Estado, ha trascendido desde su creación tras las revoluciones liberales en Norteamérica a finales del siglo XVIII (Grau, 2001). En ese momento histórico, la Carta Política se utilizó como un instrumento de legitimidad frente a la limitación y control del poder político en el marco de las acciones emancipatorias, donde el pueblo soberano tenía la potestad originaria de promulgar la Ley Suprema del Estado a través de una Asamblea Constituyente (Martínez Dalmau, 2010). Dicha norma estaría contemplada en un documento escrito y con contenidos esenciales y generales dispuestos por el pueblo sin que se le depositara

un alcance más allá de sus cláusulas. Este fue el modelo constitucional que se expandió por el mundo con la el surgimiento de las nuevas repúblicas durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

El siglo XX arrastró profundos cambios en la humanidad en diferentes aspectos, entre ellos la interpretación jurídica del mundo. Durante la primera mitad del siglo XX el paradigma vigente en gran parte del territorio europeo era el denominado Estado Legal de Derecho, el cual abanderaba la defensa de “(...) la supremacía de la ley sobre los restantes actos del Estado” (García Pelayo, 1991) y, por ende, las autoridades de orden judicial estaban llamadas a aplicar criterios hermenéuticos estrictamente exegéticos, convirtiéndose –parafraseando a Montesquieu- en la boca de la ley, quienes sólo podían resolver un caso a través del método de la subsunción que propone una rígida relación entre los hechos y determinada regla jurídica. Bajo este esquema de Estado, cuya práctica se centraba en un positivismo rígido, la legalidad se equipara con la legitimidad, lo que convierte al Derecho es una imposición de imposiciones (Schmitt, 1971).

El Estado Legal de Derecho pierde protagonismo tras la segunda guerra mundial, momento en el cual el mundo comienza debatir sobre la necesidad de reestructurar la visión del Derecho y su imperante concepción positivista, de modo que los criterios de validez no se limiten a aspectos formales sino sustanciales, diferenciando la validez de la justicia. El reconocimiento de que en un Estado Legal de Derecho puedan existir normas válidas para el sistema, pero injustas para la sociedad, llevó a la instauración de los Derechos Humanos como una rama del Derecho que apunta hacia internacionalización de las garantías humanas para evitar la repetición de tragedias amparadas por sistemas jurídicos injustos. En este contexto nace el Neoconstitucionalismo como corriente jurídica.

Al respecto precisa Ahumada (2009):

El neoconstitucionalismo no es simplemente una corriente doctrinal que teoriza y defiende la nueva forma de constitucionalismo que se instala en Europa en la segunda mitad del siglo XX con las constituciones de la segunda posguerra. En su versión más “integral”, el neoconstitucionalismo contiene toda una declaración de principios: proclama el cambio de paradigma jurídico y se postula como la teoría del derecho de la nueva era que deja atrás tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo (p. 1)

El principal objetivo del neoconstitucionalismo es la instauración del paradigma del Estado Constitucional de Derecho (Pozzolo, 1998) como aquel que logra “una fundamentación del derecho que no vaya en contra de la justicia. Así, los Derechos Humanos hacen parte de la identidad del Estado Constitucional de Derecho. Ambos comparten un origen relacionado con los sucesos de la segunda guerra mundial y se desarrollaron en el período de la posguerra, de ahí que su columna vertebral sea el respeto por el principio de la Dignidad Humana. Independientemente de la posición teórica que sostenga las bases de determinado Estado Constitucional, la integración y respeto de los Derechos Humanos es un contenido ineludible, bien sea como mandato nominado o innominado.

En el neoconstitucionalismo los Derechos Humanos marcan pautas deontológicas del Estado Constitucional y, por ende, el triunfo del modelo estatal se condiciona frente a la eficacia de éstos. No basta la declaración, se requiere su protección y garantía. Para esto, retoma algunos postulados del derecho natural y acude a la figura de los derechos innominados y la prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por eso que, bajo esta óptica, el Tribunal Constitucional no se limita a interpretar derechos previamente declarados, sino que puede

descubrirlos o crearlos (Roblewsky, 1983), sin que ello se interprete como una invasión o desplazamiento de las funciones legislativas. De acuerdo con esta hipótesis, el Estado debe legitimarse no sólo en la forma: el cumplimiento de la ley, sino en el fondo: la garantía efectiva de los Derechos Humanos (Radbruch, 1999), bien sea a partir de su inserción en la Constitución como mandato directamente instituido (Alexy & Pulido, 1993) o a través del bloque de constitucionalidad.

La idea de bloque de constitucionalidad hace referencia al carácter expansivo de la Constitución Política que, a diferencia de su concepción clásica y originaria, no se reduce al contenido consignado en sus artículos, sino que admite la integración de valores, principios y reglas que no han sido directamente instituidas por el constituyente primario. Como sostiene Uprimny (2006), es una institución jurídica que amplía los términos del debate constitucional.

Teniendo en cuenta la ampliación del alcance constitucional que ofrece la figura del bloque, es preciso referir que ello no avala una indefinición de la norma de normas, a contrario sensu, su aplicación está revestida de una determinación jurídica que permita reconocer qué es Constitución y qué no lo es desde la perspectiva de las fuentes formales. En sentido estricto, las fuentes relacionadas con el bloque de constitucionalidad son principalmente el preámbulo de la Constitución, los tratados o convenios de Derechos Humanos que han sido ratificados por el Estado Constitucional (Ramelli, 2004), los tratados que fijan límites fronterizos, la doctrina constitucional, entendida ésta como el contenido de subreglas fijadas por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, entre otras fuentes que puedan ser establecidas por cada Estado.

En el estado del arte del constitucionalismo latinoamericano se ha insistido que, a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, Colombia se incorporó a la lista de los Estados Constitucionales de Derecho con un esquema neoconstitucional. Además del reconocimiento de la supremacía constitucional como principio rector del Estado, para este tipo de sistemas la garantía efectiva de los Derechos Humanos se configura como un elemento definitorio. Esta premisa no sólo se materializó con la ampliación de la gama de derechos constitucionales reconocidos por vía constitucional, sino con el establecimiento del referido bloque de Constitucionalidad, particularmente el alcance dado a éste en el artículo 93.

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)

La prevalencia esbozada en la literalidad de este artículo no traduce otra cosa distinta a que todo tratado o convenio internacional que verse sobre Derechos Humanos y que haya sido ratificado por el legislativo colombiano, no será una carta aislada e inferior al texto constitucional, sino que su rango jerárquico es el mismo. En este mismo sentido lo ha interpretado la Corte Constitucional, quien ofrece la siguiente definición aplicable al orden local:

Se define bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto

constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu (Corte Constitucional, 2003, C-067)

De acuerdo con esta interpretación, no cabe duda de que los convenios internacionales a los que hace referencia el artículo 93 de la Constitución son parte integral del compilado constitucional, por un lado, como parámetro de interpretación jurídico, y por el otro, como mandato normativo con fuerza vinculante respecto del ordenamiento interno.

Otro aspecto de especial importancia respecto al bloque de constitucionalidad frente a los convenios internacionales de Derechos Humanos dispuesto en el prenombrado artículo es su inciso segundo, por el cual se trasciende del concepto de constitucionalidad otorgado a estas normatividades internacionales para asignarles una connotación de supraconstitucionalidad, lo cual se sustenta en la siguiente afirmación normativa: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Esto quiere decir que dichas normas de carácter internacional sobre Derechos Humanos, no sólo son parte integral de la Constitución, sino que a su vez, sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la misma, en pocas palabras, frente a derechos y deberes, son normas de naturaleza supraconstitucional, puesto que al ser un factor que subordina

a la constitución en materia de interpretación, holísticamente, fija parámetros y ello es propio de normas que tienen una jerarquía superior.

Es por este tipo de razones que algunos autores han afirmado que la teoría del bloque de constitucionalidad, más que la adopción de cartas internacionales, persigue su jerarquización en nuestro sistema jurídico interno para dotarlas de eficacia jurídica, reconociendo en lo concerniente a los Derechos Humanos la falta de coerción cuando éstos no son integrados en el sistema de fuentes con herramientas adjetivas que faciliten no sólo su promoción, sino su protección. Sobre esta posición, expresa Olano (2003):

Respecto al concepto de bloque de constitucionalidad se debe aceptar que en Colombia, esto no nació para integrar la legislación interna con la internacional, sino con el fin de organizar la normatividad internacional en el sentido jerárquico. Teniendo en sus orígenes el bloque de constitucionalidad, una sujeción a la ley (p. 232)

El bloque de constitucionalidad persigue entonces un mayor nivel de protección frente a las garantías fundamentales, en el entendido de que no sólo da fuerza vinculante a disposiciones de orden internacional, sino que genera la viabilidad de un eventual diálogo judicial entre sistemas de protección local e internacional, lo que se conoce en la doctrina como justicia constitucional multinivel y es interpretado por el jurista Hoyos Rojas (2008) en los siguientes términos:

Esto reglamenta una interacción-integración porque logra que el sistema jurídico se adhiera a sistemas supranacionales para la protección de derechos fundamentales, e

igualmente genera la integración absoluta, pues tal adaptación del a legislación interna a las condiciones que materialmente comprueban validez y protección de los derechos en el sentido escrito a nivel internacional hacen que el Estado colombiano vincule al derecho de producción interno, tal prerrogativa, obteniendo agrupar la legislación en un contexto de protección multinivel (p. 129)

Conforme a los planteamientos anteriores, para integrar un postulado reconocido en una carta internacional de Derechos Humanos a la Constitución, se deben presentar las siguientes circunstancias: (i) que dicho tratado o convenio haya sido ratificado por el Congreso de la República a través de un instrumento legislativo y (ii) que verse sobre Derechos Humanos. Esto permitirá (i) la dotación de efectos jurídicos a la disposición internacional por incorporarse al texto constitucional local y (ii) la generación de un diálogo multinivel entre sistemas locales e internacionales de protección de Derechos Humanos. Este escenario de circularidad normativa establece los cimientos del denominado control de convencionalidad, el cual persigue la eficacia del corpus iuris interamericano que se desprende de los diferentes instrumentos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos -OEA.

2. Control de convencionalidad: teoría y concreción desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Se considera que el control de convencionalidad se ubica en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consiste en la adecuación del ordenamiento jurídico local respecto de los postulados de un instrumento internacional de Derechos Humanos ratificado por el Estado, postura totalmente cobijada a la luz del ya desarrollado bloque de constitucionalidad. Su construcción

conceptual parte del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos, siendo su instrumento jurídico la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969 – en adelante La Convención o Pacto de San José-.

La Convención contempla una parte dogmática con una serie de Derechos Humanos, los cuales deben ser cobijados y respetados por los Estados que la han ratificado. Para efectos de salvaguardar su aplicación, éste mismo instrumento creó un sistema jurisdiccional para su amparo, que propende por la protección del Pacto de San José y demás instrumentos del sistema. Dicho sistema se encuentra conformado por la Comisión y la Corte interamericana de Derechos Humanos, siendo ésta última la que acuñó el término de Control de Convencionalidad en su jurisprudencia.

El control de convencionalidad nace del ejercicio jurisdiccional que ejerce la Corte interamericana de los Derechos Humanos frente a los Estados que han ratificado la Convención y se ven sometidos a juicios de responsabilidad internacional ante este tribunal. Los Estados se han considerado históricamente como soberanos, lo que da a entender que sólo éstos tienen la facultad de autodeterminar su propio ordenamiento legal y constitucional; esa fue la razón por la cual, desde la entrada en vigor del Pacto de San José en 1978, la Corte interamericana sólo se encargó de ejercer funciones judiciales en concreto, emitiendo decisiones que daban respuesta al caso puntual y sin adentrarse en el concepto de soberanía estatal. Esta línea judicial se sostuvo hasta el año 2006 cuando por primera vez la Corte, en el caso *Almonacid Arellano vs. Estado de Chile*, fijó un elemento de *Rattio* que exhortaba a las autoridades judiciales locales a velar por el cumplimiento del Pacto de San José, dando así el primer paso para la estructuración del control de convencionalidad de la siguiente manera:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el

ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos [...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, caso Almonacid Arellano)

Si bien es cierto, la prenombrada sentencia es considerada la fundacional de la institución del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano, no es apropiado afirmar que fue en esta providencia que se utilizó por primera vez el término, pues ya se venía utilizando en votos concurrentes y relativo desde el año 2003, es decir, la trascendencia de la providencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile se centra en que fue la primera donde el pleno de la Corte Interamericana empleó el concepto. La jurista colombiana Hernández Castaño (2014) ha trabajado la línea jurisprudencial del control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Interamericana y sobre su origen ha referido lo siguiente:

La expresión control de convencionalidad fue utilizada por primera vez en la Corte IDH por el juez Sergio García en voto concurrente, en Myrna Mack Chang vs. Guatemala de 25 de noviembre de 2003; luego el voto relativo al caso Tibi vs. Ecuador

de 7 de septiembre de 2004; y en Vargas Areco vs. Paraguay de 26 de septiembre de 2006. El pleno de la Corte IDH la empleó por primera vez en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile de 26 de septiembre de 2006. Debe advertirse de tiempo atrás la Corte IDH ya realizaba un examen de compatibilidad convencional, pese a que no empleara la expresión (p. 39)

Este examen de compatibilidad derivado del control de convencionalidad, originalmente estaba diseñado en torno a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, como se puede observar en la definición que ofrece la Corte en la cita anterior, sin embargo, dicho ejercicio venía realizándose bajo el entendimiento de que el cuerpo jurídico interamericano no se limita al Pacto de San José, sino que se compone por diferentes instrumentos que hacen parte del sistema y sobre los cuales también recae el control. El profesor colombiano Rey Cantor (2009), ex juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que la figura del control de convencionalidad se ejercía antes de su reconocimiento formal y de manera integral al marco jurídico interamericano, o sea, admitiendo fuentes diferentes a la Convención. Esta postura se refleja en la siguiente relación ofrecida por el autor:

El primer caso en el cual la Corte IDH ejerció el control de convencionalidad tomando como parámetro un instrumento internacional distinto de la convención fue Gómez Palomino vs. Perú, de noviembre 22 de 2005 [...] La Corte ordenó al Estado peruano adaptar su legislación penal a los estándares internacionales sobre la desaparición forzada, en especial, a las obligaciones de la Convención sobre la desaparición forzada (p. 279)

Sin temor de que se trate de un antecedente más que una producción teórica sobre el tema de investigación, se trae a colación, puesto que los elementos de Rattio Decidendi son considerados

como doctrina constitucional o convencional, y en el caso en particular, se torna necesario para entender cuál fue el origen del concepto “Control de Convencionalidad”, que nace como la obligación de los jueces nacionales de velar por el cumplimiento de la convención.

Los opositores al control de convencionalidad, sostienen que su implementación significa la entrega del ordenamiento jurídico local a instrumentos y organismos de carácter internacional, aplicando una especie de supraconstitucionalidad (Ramírez, 2014). En oposición a esa teoría, Rey Cantor (2008) sostiene que:

Los Estados están sometidos (su constitución, leyes, actos administrativos, sentencias judiciales, etc.) a un conjunto de normas superiores que provienen de afuera, esto es, las normas internacionales que reconocen los derechos humanos que se incorporan en el derecho interno prevaleciendo jerárquicamente, siendo la persona humana su titular convirtiéndose en sujeto (activo) de derecho internacional ante la jurisdicción internacional cuando el Estado “soberano” le ha violado sus derechos, asumiendo como sujeto pasivo en la relación jurídico procesal, en su condición de demandado.

(p. 43)

La producción de Rey Cantor nos indica que la función de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos no atropella la soberanía nacional, ya que se fundamenta en una legitimidad de resultado que se articula con los propósitos del Estado Constitucional de Derecho frente a la eficacia de los Derechos Humanos, máxime cuando han sido integrados a mediante bloque de constitucionalidad y gozan de prevalencia en el ordenamiento jurídico interno. A lo anterior, se suma que las obligaciones internacionales se cumplen bajo el principio de la buena fe y activa el principio convencional de Pacta Sunt Servanda dispuesto en el artículo 26 de la

Convención de Viena (Hurtado, 2018), posición reafirmada por Cancado (2001) en las siguientes palabras:

Una vez contraídas estas últimas (las obligaciones internacionales), los Estados ya no pueden invocar la soberanía –en todo caso inadecuada, en su aceptación absoluta, en el plano de las relaciones internacionales-... (p. 25)

Esto hace que los resultados de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adquieran fuerza vinculante. Como señala Londoño (2006, p. 129), la naturaleza de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no arrastra únicamente los efectos inter partes entre los sujetos del litigio, sino que irradian como pieza del orden internacional de los Derechos Humanos sobre el ordenamiento nacional. Esta misma posición es sostenida por la jurista colombiana Hernández Castaño (2014) en su libro “Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad”, donde expresa lo siguiente:

En los términos del artículo 68 de la Convención, las sentencias de la Corte IDH obligan a los Estados en todo caso en que sean partes, Pero además de esos efectos directos inter partes, las sentencias, especialmente de incompatibilidad, tienen efectos generales o erga omnes, de modo que obligan a otros Estados, así no hayan sido parte dentro del caso de responsabilidad internacional resuelto, en virtud del efecto irradiador que la doctrina les predica, e incluso de carácter de norma de ius cogens con el que se califica la protección de los Derechos Humanos. (p. 84-85)

Dado lo anterior, quedaron argumentados desde la doctrina los dos siguientes presupuestos del control de convencionalidad: (i) la legitimidad del ejercicio jurisdiccional de la Corte

interamericana de Derechos Humanos, (ii) el control de convencionalidad en cabeza de la Corte interamericana y extensivo a las autoridades judiciales del Estado que ha ratificado la convención y (iii) se predica tanto de la norma sustancial –contemplada en la Convención-, como de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El conocido doctrinante colombiano, Manuel Fernando Quinche (2014), resume la puesta en marcha del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes palabras:

La Corte interamericana comenzó a trabajar, declarando la responsabilidad internacional de distintos Estados por la violación del derecho convencional, materializada en la expedición de leyes contrarias a la convención o en la consumación de hechos ilícitos internacionales concretos. De esta manera el control concentrado de convencionalidad comenzaba a operar tanto sobre normas (constitucionales, legales o de otro tipo), como sobre hechos [...] La forma más notoria de control de convencionalidad ejercido por la Corte interamericana sobre normas, es la dispuesta en la línea decisional que contiene la regla de proscripción de la impunidad en los casos de amnistías, indultos y leyes de perdón. (p. 668)

De lo esbozado por Quinche Ramírez puede concluirse que el concepto de control de convencionalidad ha evolucionado y se pueden distinguir dos esferas del mismo: (i) un control de convencionalidad concentrado ejercido directamente por la Corte Interamericana cuando a través de sus providencias judiciales declara la responsabilidad internacional de un Estado y más aún cuando ésta le exhorta a reestructurar su ordenamiento jurídico interno para que se empalme con las disposiciones convencionales, ya sea solicitando la modificación de normas locales o declarándolas inconvencionales; y (ii) un control de convencionalidad difuso, el cual ejercen las

autoridades judiciales –también administrativas y particulares- de los Estados que han ratificado la Convención y por tanto, quedan obligados a adaptar su ordenamiento jurídico interno con las disposiciones del Pacto de San José, tal y como lo ordena el artículo 2 de esta carta internacional. Sobre esta distinción teórica ya se ocupó el presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, profesor Velandia Canosa (2014), resaltando que este control es de tipo dual y paralelo, ya que es ejercido por diferentes autoridades al mismo tiempo sin cruzar competencias.

El control concentrado de convencionalidad, cuya naturaleza es transnacional, se desprende de una vía de acción, ya sea por solicitud de un Estado o por informe de fondo allegado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Al ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos el intérprete definitivo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las sentencias que profiere en ejercicio de este control se consideran precedente vinculante respecto de los elementos de Ratio que se configuren como subreglas, las cuales deberán ser acogidas por los Estados parte del Pacto de San José en cumplimiento de sus deberes convencionales. En otras palabras, el precedente interamericano se considera una fuente formal de Derecho desde la doctrina del control de convencionalidad.

En cuanto al control difuso de convencionalidad, es claro que se manifiesta en andamiaje jurídico local, tanto a nivel abstracto como en vías incidentales o de excepción (Hurtado, 2017). Será abstracto cuando el tribunal constitucional en ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, acoja los parámetros interamericanos, ya sean normativos o jurisprudenciales, para resolver un conflicto de constitucionalidad, y por otro lado, será excepcional, cuando la inconventionalidad sea declarada en la resolución de un caso concreto por parte de un operador judicial, administrativo o particular en aplicación de derecho. Sobre esta última posibilidad, refiere Velandia Canosa (2014) lo siguiente:

En efecto, el juez nacional inaplica el derecho interno y en su lugar aplica la convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adopta una decisión judicial protegiendo los derechos humanos. Como lo puede realizar cualquier juez o funcionario que instruya un proceso administrativo, puede denominarse control difuso de convencionalidad o excepción de inconvencionalidad, ya que por regla general un juez debe aplicar el derecho interno, so pena de incurrir en prevaricato por omisión, pero por excepción podrá inaplicar el derecho interno para aplicar directamente la CADH. (p. 91)

Esta distinción en las formas como se materializa el control de convencionalidad también ha sido abordada por la experta compiladora Suárez Osma (2015), quien resume lo expuesto en el siguiente párrafo:

La doctrina ha diferenciado entre el control de convencionalidad concentrado, externo e en sede internacional y, el difuso, interno o en sede nacional. El primer tipo corresponde al concepto tradicional u original de control de convencionalidad al que se hizo referencia atrás, en él la Corte Interamericana tiene el papel protagónico, pues es quien lo realiza en razón de sus propias competencias y finalidad. Pero, a partir de la jurisprudencia de este tribunal, la doctrina empezó a hablar de un segundo tipo o clase de control de convencionalidad, el interno o difuso (p. 35)

El control difuso de convencionalidad podrá ser ejercido por (i) la Corte Constitucional en el marco del control abstracto de constitucionalidad o (ii) por cualquier juez en el estudio de casos concretos. En el primer caso sus efectos serán erga omnes, mientras que en el segundo serán inter partes.

Se denominará excepción de inconvencionalidad al ejercicio del control difuso de convencionalidad a cargo de cualquier autoridad judicial, o incluso, funcionarios de orden administrativo o particulares cuando deban aplicar disposiciones normativas y se desprende de la interpretación sistemática que se hace de la denominada excepción de inconstitucionalidad, a partir de postulados transnacionales. Esta herramienta jurídica goza de cuatro características, a saber: (i) competencia *in genere*, (ii) aplicación oficiosa o a solicitud de parte, (iii) condiciones objetivas y (iv) efectos inter partes (Hurtado, 2017).

La competencia *in genere* hace referencia a que cualquier autoridad, sea judicial, administrativa o particular, está legitimada para ejercer el control difuso de convencionalidad. Al respecto, es común escuchar que la excepción sólo puede ser presentada ante los jueces, bajo una errada interpretación que se trae del sistema español con la “cuestión de inconstitucionalidad”, pero es importante aclarar que este sistema es básicamente distinto al colombiano, ya que en él impera de forma global el modelo concentrado. La Corte Constitucional en sentencia C-122 de 2011 con el Dr. Juan Carlos Henao como magistrado ponente, fue clara cuando precisó que “... el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso en concreto...” (Corte Constitucional, 2011, C-122).

Frente a su segunda característica, como se está ante presupuestos jurídicos de rango constitucional a consecuencia de la integración normativa, la aplicación de la excepción no debe ser rogada obligatoriamente, lo que abre las puertas para que la autoridad encargada de aplicar la norma, al identificar un quebranto de la misma respecto de la Convención, pueda inaplicarla sin perjuicio de que la parte afectada no lo haya solicitado. Además, el que sus efectos sean aplicables sólo para

las partes, representa un plus facultativo de la autoridad para hacer uso del control por vía de excepción, dado que su decisión no tiene un impacto generalizado.

Dice Quiroga Natale (2014):

(...) la aplicación de la excepción no requiere de petitum expreso (ni siquiera cuando ésta se aplica en el escenario del proceso judicial y/o administrativo), ya que como se ha anotado, a pesar de que la misma se materializa y tiene efectos en el caso en concreto, su ámbito y político se extiende a la protección del derecho objetivo sustancial y al control de los poderes públicos.

Como tercer presupuesto, existen dos condiciones objetivas para que pueda operar el mecanismo de la excepción, éstas son, por una parte: (i) que la contradicción entre la norma y la constitución sea clara y evidente, que para el caso en particular no exija un desgaste racional para identificarla, condición objetiva sobre la cual se refirió el Dr. José Gregorio Hernández en sentencia T-063 de 1995, manifestando:

Si bien es cierto cabe la excepción de inconstitucionalidad en todo caso de manifiesta contradicción entre las disposiciones constitucionales y las leyes u otras normas, con el fin de obtener la efectiva prevalencia de la Carta Política mediante su aplicación preferente (artículo 4° C.P.), ello tan sólo es posible cuando surge una oposición evidente, esto es, una verdadera e insoslayable incompatibilidad entre dos mandatos, uno de los cuales -el inferior- tiene que ceder ante el precepto constitucional. (Corte Constitucional, 1995, T-063)

De otro lado, (ii) que la norma llamada a ser inaplicada sea una reproducción de otra que haya sido desvirtuada por el tribunal competente por su inconstitucionalidad. Esta afirmación se encuentra

reproducida casi que de forma literal en la sentencia de la Corte Constitucional con nomenclatura T-685 de 2003, obrando como magistrado ponente el Dr. Eduardo Montealegre:

(...) que la norma que fue derogada corresponda a la reproducción de una declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en cuyo caso se verificaría la violación del artículo 243 de la Carta. (Corte Constitucional, 2003, T-685)

Otra condición objetiva hace referencia a la no existencia de una decisión definitiva sobre la constitucionalidad de la norma, cuestión que se extrae después de hacer lectura del Auto 015 de 2003 de la Corte Constitucional proyectado por el entonces magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, la cual dicta lo siguiente:

El juez puede aplicar válidamente la excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto sin que para esto sea obstáculo las competencias de Corte Constitucional y Consejo de Estado para estudiar la constitucionalidad de una norma, con efectos erga omnes. Una vez exista pronunciamiento definitivo de estas corporaciones en lo de su competencia, y no antes, los jueces no pueden seguir aplicando la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos. (Corte Constitucional, 2003, Auto 015)

Sin embargo, esta última no goza de carácter absoluto, pues es sabido que el mero ejercicio del control de constitucionalidad no garantiza su integralidad respecto de la convencionalidad. Es por eso, como se observará en el capítulo tres, que actualmente existen posiciones encontradas entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente al ejercicio del control difuso de convencionalidad en el asunto específico de los derechos políticos, pues el máximo tribunal constitucional considera que éste no es obligatorio y el Estado sólo debe acatar los mandatos interamericanos cuando se le obliga en sede judicial transnacional por parte de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (Corte Constitucional, 2014, C-500), mientras que el Consejo de Estado opina que corresponde a una obligación Estatal garantizar el cumplimiento de la Convención de forma oficiosa.

Por último, la aplicación de la excepción de inconventionalidad exhibe el ejercicio de un control de convencionalidad concreto y no abstracto. Al respecto dice la Corte Constitucional en sentencia C-600 de 1998, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández refiriéndose a la figura matriz de excepción de inconstitucionalidad:

La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general. (Corte Constitucional, 1998, C- 600)

De este modo, en Colombia las autoridades judiciales, administrativas y particulares pueden omitir la aplicación de disposiciones normativas vigentes cuando se encuentren ante una contradicción entre éstas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que por motivos del bloque de constitucionalidad forma parte integral de Constitución Política de 1991, de la misma forma que se le faculta cuando la contrariedad se denota respecto de los clausulados constitucionales de base con fundamento en artículo 4 de la misma Carta Política.

Estos presupuestos muestran que hay una conexión práctica entre los dos escenarios de control convencional, siendo el concentrado el encargado de fijar las subreglas aplicables a los conflictos

de interpretación convencional y aplicación de derecho en casos concretos, y el difuso, será el encargado de hacerlo material en el ordenamiento interno, es decir, que aunque se describa como un sistema dual, en realidad funciona como un sistema de justicia multinivel. Lo anterior tiene sustento en que constitucionalmente Colombia, de acuerdo con su artículo 93 constitucional, ha acogido una teoría monista frente al diálogo jurídico entre el ordenamiento local y el transnacional. Sobre el monismo dice Bidart Campos (1997) lo siguiente:

El monismo afirma que entre derecho internacional y derecho interno existe unidad de orden jurídico y, por ende, unidad en el sistema de fuentes. Las fuentes del derecho internacional son automáticamente y por sí mismas fuentes del derecho interno, con lo cual el derecho internacional penetra y se incorpora directamente en el derecho interno. (p. 307)

En cambio, su contrario, el dualismo observa al derecho internacional y el local como dos sistemas independientes, totalmente separados y que nunca se entrelazan en su ejercicio, y por ende, no existe confusión práctica frente a los estándares de aplicación (Rosseau, 1966). Este, claramente no es el caso de Colombia, pues “[...] el derecho internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el derecho constitucional o, si se prefiere, se enlazan el derecho constitucional internacional y el derecho internacional de los Derechos Humanos” (Ferrer Mac-Gregor, 2010).

Entendiendo que bajo la idea monista en Colombia tiene cabida el control de convencionalidad no sólo en su órbita concentrada a través del Sistema Interamericano, sino que cada autoridad judicial, administrativa y ocasionalmente particular, tienen el deber de protección de la Convención mediante el control difuso de convencionalidad, se abre campo para ilustrar la parte dinámica del tema relacionada con el establecimiento de parámetros de aplicación o doctrina de los estándares interamericanos, sin la cual no sería posible el control en mención.

3. Doctrina de los estándares interamericanos.

La doctrina de los estándares interamericanos surge como una necesidad de concreción para el correcto ejercicio del control difuso de convencionalidad, de modo que las autoridades encargadas de su aplicación cuenten con parámetros claros que les orienten a la hora de resolver casos que susciten un aparente conflicto entre el ordenamiento jurídico local y el Pacto de San José junto con su bloque de convencionalidad.

Para entender este punto resulta necesario abordar la conceptualización general de estándar para luego precisar su recepción en el sistema interamericano. En términos generales, los estándares son “construcciones culturales, efectuadas por quienes poseen autoridad ética, técnica, teórica o científica, según el caso, de público conocimiento que nos dan confianza en nuestro accionar, pues nos sirven de guía y referencia, y a posteriori permite controlar lo producido para realizar sobre ello un juicio de valor” (Molina, 2018), lo que dándole un matiz en derecho podría entenderse como parámetros que orientan el funcionamiento del ordenamiento jurídico, principalmente en la resolución de conflictos.

El estándar jurídico se puede analizar como (i) principio, (ii) regla, (iii) directriz y (iv) criterio. Como principio, cuando refleja una norma o idea fundamental que rige una conducta. Como regla, cuando incorpora algo que ha de cumplirse y le resulta aplicable la subsunción. Como directriz, cuando involucra una instrucción a seguir. Como criterio, cuando sirve de parámetro hermenéutico.

De este modo, se puede aseverar que en derecho los estándares pueden tener una fuente normativa o jurisprudencial y se desprenden de ordenamientos internos o internacionales (Cárdenas & Suárez, 2014), siendo la circularidad jurídica un elemento válido en el marco de un constitucionalismo multinivel. (Cubides, Grandas, León, et al., 2016)

Para entender la finalidad de los estándares, es prudente acudir al planteamiento de Cárdenas & Díaz (2018) cuando sostienen que existen tres tipos de estándar, a saber: (i) de legitimidad, (ii) finalista e (iii) instrumental (pág. 508). El estándar de legitimidad hace referencia al fundamento sustancial, el finalista dibuja el propósito y el instrumental es la guía adjetiva.

En lo relacionado con el tema de este trabajo, ha sido una construcción que ha partido del contexto internacional y ha aterrizado en lo local, y de otro lado, solamente bajo la idea del bloque de constitucionalidad y convencionalidad se pueden concebir parámetros que resulten aplicables para los Estados al punto de restringir su libertad configuradora. Los estándares son el reflejo de diversas experiencias compiladas en el derecho internacional, que documentan la implementación de mecanismos y la exploración de los mismos, lo cual permite identificar pautas a considerar en futuros procesos (Quinche, 2009).

Esta doctrina resulta aplicable en el sistema interamericano en la medida que los parámetros para la aplicación del control difuso de convencionalidad se pueden asociar a fuentes normativas y jurisprudenciales, siendo el estándar normativo más relevante la Convención Americana de Derechos Humanos y todos los instrumentos formales del sistema que hayan sido ratificados por el Estado. En cuanto al estándar jurisprudencial, también es predicable, pues como se dejó claro en el subtítulo anterior, las interpretaciones que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto de San José, se considera precedente vinculante y, por tanto, bloque de

convencionalidad, no sólo para el Estado que ha sido parte del litigio, sino para todos aquellos que sean parte de la Convención.

Los efectos erga omnes de la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fueron aclarados por parte de este tribunal en supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Gelman vs. Uruguay en el año 2013, donde refirió lo siguiente frente al alcance de sus sentencias declarativas:

Se produce una eficacia erga omnes hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del artículo 69 del Pacto de San José (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, supervisión caso Gelman, párr. 33)

En este sentido, el máximo intérprete de la Convención dejó claro que sus providencias, además de tener unos efectos subjetivos sobre el Estado juzgado, tiene elementos objetivos que resultan aplicables a todos los Estados que han ratificado el Pacto de San José, de lo contrario estaría vulnerándose los principios de respeto y adopción de los contenidos convencionales. Dicha decisión es explicada por Hitters (2013) en los siguientes términos:

Dicho Tribunal regional ha dado un paso adelante al sostener, sin requilorios, que sus sentencias no sólo son atrapantes en el caso concreto, sino que también producen efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la CADH, en lo que respecta a la interpretación que dicho Tribunal efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta erga omnes). Puede decirse, finalmente, que la doctrina legal (o judicial) de ese cuerpo jurisdiccional es obligatoria (vinculante) para el conjunto de los países plegados al sistema en cuanto a la hermenéutica que él hace de las normas regionales interpretadas (p. 709-710)

Esta forma de estándar jurisprudencial no es la única producida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con carácter vinculante para los Estados que hacen parte de la Convención. La otra manera de fijar parámetros interamericanos tiene relación con su función consultiva, pues tanto el tribunal interamericano como la doctrina, han dejado claro que las opiniones consultivas tienen los mismos efectos erga omnes, puesto que constituyen interpretaciones del Pacto que pueden entenderse como extensiones del mismo.

Las opiniones consultivas tienen como propósito “coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados. Se trata de un método judicial alternativo, por medio del cual se puede lograr la interpretación de la Convención” (Hitters & Fappiano, 1999, p. 317). Sobre estas se ha dispuesto que, aunque no tienen el carácter vinculante propio de una sentencia, sí tiene efectos jurídicos que resultan innegables y, por tanto, el Estado u órgano que eleva la consulta no es el único con interés legítimo sobre ésta (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997, OC-15).

De acuerdo con lo anterior, Marín, Ordóñez, et. Al (2019) sostienen que:

Las opiniones consultivas de la Corte IDH constituyen, entonces, una interpretación autorizada del alcance de las obligaciones internacionales directamente relacionadas con la protección de los derechos humanos, las cuales han sido asumidas por los Estados miembros del SIDH a través de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos (p. 130)

De este modo, en su estructura formal es claro que en el sistema interamericano se pueden identificar los estándares normativos y los judiciales. Los primeros asociados a las reglas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos del sistema, mientras que los segundos se encuentran en las subreglas fijadas a título de precedente en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los conceptos hermenéuticos que ésta da en el marco de solicitudes de opiniones consultivas. En cuanto a la estructura sustancial que fue presentada en este subtítulo frente a los denominados estándares de (i) legitimidad, (ii) finalistas e (iii) instrumentales, también se reconocen, pero su presentación resulta más idónea cuando se enmarca en una categoría específica de Derechos Humanos. Es por eso que se abordarán en el siguiente capítulo cuando se determinen los parámetros aplicables a la protección de Derechos Políticos.

CAPÍTULO III:

ESTÁNDARES INTERAMERICANOS PARA LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS POR VÍA SANCIONATORIA

En este capítulo se desarrolla el objetivo de la investigación relacionado con el reconocimiento de los estándares interamericanos derivados del control de convencionalidad que deben aplicarse para la restricción de derechos políticos en Colombia y su identificación en un caso concreto. Para el logro de este objetivo será necesario (i) identificar los estándares normativos y jurisprudenciales vinculantes para Colombia en materia de restricción de derechos políticos tanto a nivel de juicio político y controles de tipo fiscal y disciplinario, y luego (ii) reconocerlos en el análisis de un caso real, para lo cual se ha propuesto el caso relacionado con la sanción disciplinaria del ciudadano Gustavo Francisco Petro por parte de la Procuraduría General de la Nación en el año 2013.

1. Estándares interamericanos para la restricción de derechos políticos como sanción: marco general.

La restricción de derechos políticos desde el esquema sancionatorio no ha sido un asunto ajeno a la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en su función jurisdiccional como consultiva, pues en diferentes ocasiones se ha pronunciado sobre la materia y ha establecido parámetros convencionales que coadyuvan en la resolución de casos concretos, bien sea como precedente vertical respecto de los ordenamientos jurídicos internos, o como precedente horizontal en sus propias decisiones.

La existencia de elementos que restrinjan el ejercicio de los derechos políticos reconocidos en la Convención no resulta contrario a los principios democráticos, sin embargo, se observó que, a la luz de esta carta internacional, dicha libertad configurativa no es ilimitada y cuenta con unos alcances muy definidos, especialmente para aquellos casos en que el impedimento político es impuesto a título de sanción. Así lo dispuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama vs. Nicaragua*:

La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005)

En este orden de ideas, se puede observar que la Corte Interamericana acoge como estándares generales para la limitación de Derechos Políticos los principios constitutivos del test de proporcionalidad (Carbonell, 2008), a saber: (i) idoneidad o juridicidad -legalidad-, (ii) necesidad y (iii) proporcionalidad, éstos dos últimos ligados a la racionalidad. De acuerdo con esto, los derechos políticos sólo pueden ser limitados bajo el estricto acatamiento del principio de legalidad –juridicidad- y debe perseguir una finalidad avalada por la Convención. A continuación, se delimitará el alcance cada una de las condiciones o estándares para así facilitar su comprensión en el estudio de las instituciones jurídicas concretas por medio de las cuales el Derecho sancionatorio restringe derechos de rango político, de modo que se identifique la tipología de estándares de legitimidad, instrumentales y finalistas, propuesta por Cárdenas & Díaz (2018) y presentada en el capítulo anterior.

a. Frente al principio de juridicidad.

Hace referencia al soporte jurídico que tiene la medida restrictiva, el cual no sólo debe motivarse desde el derecho interno, sino que debe capitular los elementos jurídicos que sobre la materia ofrece el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos. Arvizu (2017) lo presenta de la siguiente manera:

El principio de la juridicidad se refiere de manera contundente a la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos como la justicia y la equidad, los cuales no solo los podemos encontrar en el ámbito constitucional, sino que nos llevan hacia un ámbito supraconstitucional, circunstancia que orilla ineludiblemente a hablar del control de convencionalidad y referido específicamente a la congruencia que debe existir entre las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y leyes, actos y resoluciones de un país miembro. (p. 23)

Así, se trata de la aplicación del método sistemático de interpretación jurídica, puesto que exige a los ordenamientos jurídicos internos su articulación con el contenido de la Convención respecto de las garantías positivas en el ejercicio de los Derechos Políticos, que para el caso puntual se traduce en el rígido acatamiento de las pautas condicionantes del artículo 23.2 para la restricción de este tipo de derechos, es decir, que provenga de una “condena, por juez competente, en proceso penal”.

Es menester resaltar que el espectro de juridicidad no vincula únicamente el contenido gramatical de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que incluye, además, el precedente jurisprudencial sentado en la *Ratio Decidendi* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los protocolos adicionales a la Carta, considerados bloque de

convencionalidad, figura jurídica que “no solo comprende la Convención Americana, sino también los otros ‘Protocolos’ adicionales a la misma así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus iuris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH” (Ferrer Mac Gregor, 2010), tal y como se trabajó en el segundo capítulo.

b. Frente a la racionalidad de la medida.

Se refiere a “que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, sentencia caso Castañeda Gutman vs. México), y aunque el Pacto de San José no establece explícitamente finalidades que avalen la restricción de derechos políticos, en su artículo 23 se mencionan algunas razones por las cuales pueden regular las garantías generadas por éstos, entre esas razones están la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o aquellos casos donde hay condena penal, por cuanto se puede concluir que la finalidad de la medida debe ser coherente con las obligaciones adquiridas ante el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos.

Como se observa, este estándar está íntimamente relacionado con el principio de racionalidad (Atienza, 1987), ya que busca que la medida restrictiva no sólo corresponda con el orden convencional, sino que sea útil para lograr la finalidad propuesta. Así, resulta necesario aceptar que para la Convención la finalidad razonable de la medida de restricción de Derechos Políticos desde el Derecho Sancionatorio persigue la acción penal o criminal al referirse que la sanción deberá ser bajo la modalidad de condena y producto de un proceso de tipo penal, por ende, este

estándar parece limitar el alcance del derecho sancionatorio, dando margen de aplicación al Derecho Penal y cuestionando la convencionalidad de las medidas disciplinarias o fiscales sobre la materia.

Las sentencias de casos contenciosos como Tribunal Constitucional vs. Perú, Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, López Mendoza vs. Venezuela y Yatama vs. Nicaragua, entre otras, desarrollan con consistencia este criterio de racionalidad y serán de utilidad para el análisis concreto de las medidas sancionatorias.

2. Estándares interamericanos para la restricción de derechos políticos como sanción: marco específico.

Como se ha señalado en este trabajo, los derechos políticos no representan garantías de carácter absoluto y, por tanto, pueden ser limitados desde diferentes fuentes jurídicas, entre ellas, el Derecho Sancionatorio, el cual comprende ramificaciones como el Derecho Penal, Derecho Fiscal, Derecho Disciplinario, Derecho Contravencional, entre otras. Sin embargo, no todas estas disciplinas resultan viables para lograr el objetivo descrito, pues de ser así, constituiría una afrenta contra los estándares interamericanos que se han descrito en este trabajo.

De acuerdo con la redacción del artículo 23.2 de la Convención Americana, es claro que el Derecho Penal se concibe como la senda idónea para garantizar la convencionalidad de la medida restrictiva, pero es sabido que en los Estados Americanos existen diferentes figuras cuya naturaleza puede ser o no de tipo penal, que son utilizadas como plataforma para cercenar el ejercicio de los Derechos Políticos, tal es el caso del juicio político o impeachment y los procesos de destitución e

inhabilidad por responsabilidad fiscal o disciplinaria, ambos de reiterada aplicación en el continente.

2.1. Impeachment o juicio político:

La responsabilidad política de los mandatarios ha sido objeto de debate del Derecho Constitucional y dentro de este panorama se circunscribe la figura jurídica del Juicio Político o impeachment, idea de origen anglosajón (Constenla, 2013) que ha sido adherida a diferentes ordenamientos jurídicos en sus contextos específicos. Su fundamento de poder recae en la tesis del *Check and Balance* y permite alterar el período constitucional de un presidente –eventualmente de otro tipo de funcionarios- por la comisión de actos de corrupción, delitos o responsabilidad política. Rodrigo (2011) lo define así:

El juicio político es una figura constitucional que está basada en el esquema de contrapeso de poderes, constituyendo así un mecanismo de control que otorga al Congreso la posibilidad de alterar el mandato fijo del primer mandatario. No obstante, se lo establece explícitamente como un recurso de carácter excepcional ya que interrumpe las rutinas e intercambios políticos normales, en donde las reglas de ascenso, recambio y sucesión de los funcionarios de gobierno están organizadas alrededor del voto. (p. 98)

En América se han tramitado diferentes juicios políticos en contra de primeros mandatarios, pero en el tiempo reciente han sido los casos de Fernando Armindo Lugo en Paraguay y Dilma Vana Rousseff en Brasil, los que han avivado el debate sobre el particular en instancias del Sistema

Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos a través de sus órganos consultivos y jurisdiccionales, por tratarse de casos en los que se ha separado mediante sanción política a un presidente electo por voto popular. En este sentido, se precisa hacer un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para identificar los estándares que viabilizan el Impeachment.

En sentencia del 31 de enero de 2001 frente al Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, la Corte IDH definió el juicio político y amplió su alcance más allá del nivel de gobierno ejecutivo, aclarando que se trata de “una forma de control que ejerce el Poder Legislativo con respecto a los funcionarios superiores tanto del Poder Ejecutivo como de otros órganos estatales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, sentencia caso Tribunal Constitucional vs. Perú) e indicó que éste debía dotarse de garantías procesales como (i) el derechos a la defensa, (ii) presentación de cargos, (iii) acceso al material probatorio y cuestionamiento de éste e (iv) imparcialidad.

Dicha tesis fue reforzada en sentencia del año 2005 en el Caso Yatama vs. Nicaragua, donde la Corte fue enfática frente al carácter relativo de los derechos políticos y la potestad que bajo el imperio de la Convención tienen los Estados para regular su restricción a partir de una fuente sancionatoria:

De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés

público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, sentencia caso Yatama vs. Nicaragua)

Para la Corte, los juicios políticos son una realidad presente en nuestro continente, la cual puede clasificarse con una tipología clara e identificable: “i) modelo legislativo o parlamentario, en el que el Congreso, Parlamento o Asamblea remueve al Presidente sin depender de otras instituciones; ii) modelo judicial, en donde la persona enjuiciada es cesada de su cargo únicamente a través de una orden judicial, y iii) modelo mixto, que combina elementos de ambos esquemas, es decir procedimientos políticos pero con controles o conclusión de tipo judicial” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

Como respuesta a esta realidad, el máximo órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano ha referido que es riesgoso minimizar el estándar en esta materia y para determinar la eventual responsabilidad, se deben analizar las particularidades de cada caso, pues por sí mismo el juicio político no desconoce las garantías del artículo 23.2 de la Convención. Esta posición fue ratificada cuando decidió no dar continuidad a la Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) respecto de la protección de derechos políticos en el marco de juicios políticos. A dicha solicitud respondió con la siguiente determinación:

El Tribunal reconoce que ya existe una línea jurisprudencial sobre garantías judiciales, protección judicial, y juicios políticos que podría dar insumos a las consultas de la Comisión. Sin embargo, la Corte estima que se encontrará mejor situada para garantizar los derechos humanos que podrían estar en juego y examinar la compatibilidad del ordenamiento jurídico de los Estados respecto de la Convención Americana y el corpus juris interamericano en general, realizando un escrutinio caso

por caso a través de su jurisdicción contenciosa. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018)

Partiendo de este marco referencial, es preciso ordenar las ideas metodológicamente partiendo de los estándares interamericanos ya señalados, comparando el mecanismo con cada uno de los estándares presentados en el marco general.

Sobre el estándar de juridicidad en el juicio político, es menester decir que el aparato normativo interamericano con sus respectivas fuentes complementarias es bastante claro frente al esquema sancionatorio como móvil para inhabilitación del ejercicio de los Derechos Políticos. Dicha estructura se desprende de los tres elementos condicionantes: (i) condena, (ii) juez competente y (iii) proceso de tipo penal.

En ese orden de ideas, un juicio político puede resultar convencional cuando respeta las siguientes garantías propias del proceso penal:

- Juez competente o natural: Competencia asignada directamente en la norma adjetiva. De acuerdo con la clasificación de juicios políticos que brinda la Corte IDH, los procesos de tipo penal contra funcionarios aforados constitucionalmente, podrán tener como juez natural al órgano legislativo o parlamentario.
- Legitimidad por activa: Definición normativa de quién puede presentar la denuncia o querrela en contra del funcionario aforado.
- Aprobación trámite de denuncia: Debe garantizar una fase indagatoria que permita validar si existen elementos suficientes o no para iniciar formalmente el proceso penal.

- **Formulación de acusación:** Presentación de cargos en presencia del procesado. Dichos cargos, para que sean convencionales, deberán ser de orden delictual, de lo contrario se acreditan como inconvencionales.
- **Contestación a la acusación:** Derecho de contradicción y defensa jurídica en el marco del debido proceso.
- **Práctica de pruebas:** La práctica de pruebas debe estar respaldada por el principio de inmediación.
- **Decisión:** Por tratarse de una investigación penal, la decisión debe ser condenatoria o absolutoria frente a la responsabilidad por la comisión de una conducta punitiva.
- **Recurso:** Materialización del principio de doble instancia por ser una decisión que compromete Derechos Humanos.

Si la regulación adjetiva garantiza estos tópicos procesales, el impeachment está cobijado por el estándar de juridicidad a la luz del Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues pese a ser un juicio de carácter político por su estructura orgánica, no se puede soslayar su naturaleza penal.

La noción racional del juicio político desde una mirada convencional es en teoría sencilla, pues recae en la naturaleza del proceso, considerando que el trámite de un impeachment o juicio político no puede perseguir la inhabilidad política de un funcionario en un contexto diferente al de la comisión de un delito, de lo contrario, es imposible justificar la necesidad de la medida frente a la finalidad u objetivo de proferir una condena en proceso penal.

2.2. Control disciplinario y por responsabilidad fiscal:

Existe una marcada diferencia entre los juicios de tipo político y aquellos que se catalogan como procesos de control disciplinario y fiscal, teniendo en cuenta que estos últimos no se consideran un proceso penal con fines de protección abstracta y preventiva de los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad, sino que es producto del ejercicio de supervisión del propio Estado frente al ejercicio ético de la función pública y la administración del erario. Estos controles ya fueron definidos en su contenido y alcance en el primer capítulo de este trabajo.

Varios Estados contemplan en su estructura normativa la existencia de estos controles y les dan un alcance de decisión sobre los derechos políticos de los procesados, admitiendo modalidades de sanción como la destitución de cargos públicos y la inhabilidad para cumplir con funciones públicas, derecho considerado político en concordancia con el artículo 23.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Casos como el del político opositor Leopoldo López Mendoza en Venezuela, inhabilitado por la Contraloría General de la República, y el de Gustavo Francisco Petro Urrego en Colombia, quien fue sancionado con la misma medida por parte de la Procuraduría General de la Nación, han suscitado rigurosas discusiones académicas y judiciales que ponen en duda la convencionalidad de la restricción de derechos políticos en estos escenarios de control administrativo.

Los dos casos en mención han escalado al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos, el primero resuelto en sede contenciosa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2011, y el segundo, con informe de fondo por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2017 y actualmente sometido a competencia de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, ambos con un núcleo común: los referidos órganos han considerado que sus procesos representaron una vulneración de los derechos políticos.

En el caso *López Mendoza vs. Venezuela* se abordó directamente la prohibición de restringir derechos políticos mediante sanciones impuestas por fuera del contexto propio de un proceso penal:

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. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, sentencia caso *López Mendoza vs. Venezuela*)

Esta posición demuestra que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos los procesos de control fiscal no son asimilables con los de tipo penal y, por ende, no pueden servir de canal para la restricción de Derechos Políticos, tanto que, en este caso, el alto tribunal interamericano declaró la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela y ordenó la restitución de sus derechos al ciudadano Leopoldo López.

En el caso del ciudadano colombiano Gustavo Francisco Petro, ex alcalde del Distrito Capital de Bogotá, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Emitió un informe de fondo el 25 de

octubre de 2017, en el que recomendó al Estado Colombiano lo siguiente: (i) Dejar sin efectos los actos administrativos sancionatorios que impusieron inhabilidad política a Gustavo Petro y (ii) adecuar la Constitución Política de 1991 y el Código Disciplinario Único que contemplan la posibilidad de imponer sanciones de inhabilidad a cargo de la Procuraduría General de la Nación y ajustarla a la CADH.

Las recomendaciones fueron acatadas parcialmente por Colombia, pues si bien es cierto no se ha modificado el ordenamiento jurídico para brindar una garantía normativa hacia futuro, en el caso puntual la justicia en cabeza del Consejo de Estado, acogió la recomendación, aplicó la excepción de inconvencionalidad (Hurtado, 2018) y restituyó los derechos políticos del ciudadano, pronunciándose sobre la no correspondencia convencional de la medida tomada por la Procuraduría General de la Nación. Sobre este caso se hará un análisis específico en la parte final de este capítulo.

Estos dos escenarios permiten realizar el análisis de proporcionalidad de acuerdo con los estándares interamericanos de juridicidad y racionalidad.

En Teoría del Estado, los organismos de control son autónomos y no están adscritos a las tres ramas clásicas del poder político: ejecutivo, legislativo y judicial. Su función obedece a pautas específicas ya descritas y no corresponden al ejercicio de la acción penal, así que, en un primer orden, se descarta de plano la juridicidad en lo relacionado con sus competencias para restringir con sanciones de destitución o inhabilidad, el ejercicio de los derechos políticos.

Los procesos adelantados por estos organismos en contra de funcionarios públicos o particulares que administran bienes públicos y que pueden concluir en las prenombradas sanciones, no son de naturaleza judicial, a contrario sensu, son de naturaleza disciplinaria y fiscal, por tanto, las

decisiones se reflejan en actos administrativos y no providencias que puedan ser catalogadas como condenas de tipo penal.¹¹ Es así como estas instituciones del Derecho Sancionatorio no superan el examen de juridicidad, lo que hace innecesario medir su racionalidad, quedando claro que son incompatibles con los estándares interamericanos.

Para dar un componente práctico al análisis, se considera preciso reconocer los elementos en un caso concreto donde se haya discutido la incompatibilidad del ordenamiento colombiano con el sistema interamericano de Derechos Humanos en materia de Derechos Políticos. En este sentido, se considera que el caso del exalcalde de Bogotá D.C., Gustavo Francisco Petro Urrego, es apropiado en la medida que representa un litigio estratégico enfocado en estos puntos, y de otro lado, es un expediente activo en el momento en que se adelanta esta investigación.

3. Examen de convencionalidad de la potestad sancionadora de la Procuraduría General de la Nación a partir del caso Gustavo Petro vs. Colombia.

En la actualidad Colombia se encuentra en el centro del debate jurídico respecto de la regulación que su ordenamiento jurídico incorpora en materia de restricción de derechos políticos, puntualmente la que habilita a los órganos de control –como es el caso de la Procuraduría- para limitar el derecho al sufragio a través de la figura jurídica de la inhabilidad política.

El caso que ha levantado la polémica sobre el tema en relación con el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos, es el expediente del exalcalde del Distrito Capital

¹¹ Se entiende por condena una “Sanción fijada previamente por la ley para quien comete un delito, también especificado por la ley”. Diccionario enciclopédico de Derecho usual. Editorial Heliasta, España, 1982.

de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego, quien fue inhabilitado para ejercer funciones públicas mediante sanción impuesta por la Procuraduría en el año 2013. En estos apartados se revisarán las circunstancias fácticas y las consecuencias jurídicas que hasta ahora se han ocasionado en perspectiva del control de convencionalidad aplicado bajo los estándares identificados en este trabajo. Los siguientes fueron los hechos relevantes y de impacto jurídico:

El 09 de diciembre de 2013, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación expidió un acto administrativo por medio del cual destituyó e inhabilitó por un período de quince años, por haber incurrido –a juicio del Ministerio Público- en las faltas disciplinarias de desconocimiento de las normas de contratación estatal en etapa precontractual, contratar sin el lleno de requisito de ley y por ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma, las cuales están consagradas en los numerales 31, 37 y 60 del artículo 48 del Código Disciplinario Único. El disciplinado recurrió la decisión a través de recurso de reposición dirigido a la autoridad que profirió el acto administrativo, sin embargo, la sanción fue confirmada el 13 de enero de 2014.

La referida sanción fue suspendida por orden de tutela del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero en sede de impugnación la decisión fue revocada por el Consejo de Estado, quien consideró que el actor contaba con el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derechos para alegar su pretensión. Finalmente, el 19 de marzo de 2014, el entonces presidente de la Republica Juan Manuel Santos Calderón, mediante Decreto 570 de 2014 ejecutó la decisión de la Procuraduría y destituyó al Alcalde Mayor.

Este caso tuvo medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El entonces alcalde de Bogotá D.C., a través del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – en adelante CIDH o Comisión-

una solicitud de medidas cautelares el día 28 de octubre de 2013 cuando aún estaba en curso el proceso disciplinario, por el desconocimiento de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales y los derechos políticos, todos contemplados en el Pacto de San José. Con posterioridad, el 20 de enero de 2014, la defensa de Gustavo Petro presentó un nuevo informe a la Comisión con la novedad de la sanción de destitución e inhabilidad ratificada por la Procuraduría.

El 18 de marzo de 2014 la CIDH mediante Resolución No. 5 de 2014 solicitó al Estado Colombiano la adopción de medida cautelar frente a Gustavo Petro, requiriendo dejar sin efectos el acto administrativo del 09 de diciembre de 2013 por medio del cual el mandatario fue destituido e inhabilitado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014). Pese a lo anterior, el Jefe de Estado procedió con la ejecución del acto administrativo y soslayó la solicitud de medidas cautelares.

El 21 de abril de 2014, la sala civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, dando respuesta a Acción de Tutela presentada por un ciudadano que consideró vulnerado su Derecho al Sufragio Activo, amparó los derechos políticos del ciudadano y del Alcalde en virtud de las medidas cautelares solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ordenó al Presidente acatar la medida cautelar 374-13 y por ende, dejar sin efectos los actos administrativos que le resulten en contravía y como medida de protección efectiva, la restitución en el cargo del alcalde.

El ciudadano Gustavo Petro presentó medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante el Consejo de Estado, pretendiendo la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación el 9 de diciembre del 2013 y el 13 de enero del 2014, así como la restitución en el cargo y la anulación de los registros disciplinarios provocados por dicha decisión.

El 13 de mayo de 2014, el Consejo de Estado, en el marco del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho decretó medida cautelar de suspensión provisional de los administrativos disciplinarios que dieron lugar a la destitución e inhabilidad política (Consejo de Estado, 2014). Con fundamento en dicha medida cautelar, los derechos políticos del exmandatario fueron protegidos hasta el 15 de noviembre de 2017 cuando la Sala Plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, en ejercicio de control difuso de convencionalidad, decidió:

Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1. Decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 9 de diciembre del 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego. 2. Decisión del 13 de enero del 2014, proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia del 9 de diciembre del 2013. (Consejo de Estado, 2017)

Lo anterior, sin perjuicio de otras medidas tendientes a resarcir el daño ocasionado.

Se ha afirmado que en este litigio estratégico operó lo que en el capítulo anterior se presentó como “excepción de inconvencionalidad”. Al respecto, cabe resaltar que previo al pronunciamiento final por parte del Consejo de Estado, el 25 de octubre de 2017 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó informe sobre el Caso Gustavo Petro, el cual resultó desfavorable a los intereses del Estado. El referido documento incluyó, entre otras, las siguientes recomendaciones: (i) Dejar sin efectos los actos administrativos sancionatorios que impusieron inhabilidad política a Gustavo Petro y (ii) adecuar la Constitución Política de 1991 y el Código Disciplinario Único que

contemplan la posibilidad de imponer sanciones de inhabilidad a cargo de la Procuraduría General de la Nación y ajustarla a la CADH.

El debate que se suscita en las consideraciones de la sentencia proferida por el Consejo de Estado refleja un claro reconocimiento de la circularidad normativa y la obligación de realizar un control de convencionalidad sobre el ordenamiento jurídico local en el estudio de casos concretos, teniendo como pauta los parámetros del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos. Esta circunstancia se refleja en la siguiente consideración del Consejo de Estado sobre la sanción impuesta al accionante por parte de una autoridad administrativa:

De acuerdo con los pronunciamientos mencionados, es claro que para la Corte IDH los derechos políticos son derechos humanos, pero no absolutos, que pueden ser restringidos por las condiciones señaladas en el artículo 23.2 de la CADH, restricciones que en cada Estado Parte deben cumplir los requisitos de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad, como han sido explicados por la Corte, y que cuando se trata de la restricción por vía de una sanción, ella no puede ser distinta a la que imponga un juez penal, mediante una condena dictada dentro de un proceso penal.

(Consejo de Estado, 2017)

Se puede observar que el Consejo de Estado no sólo fundamentó su decisión en el texto de la CADH, sino que tomó como referencia pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete última del Pacto de San José. Dicho análisis le permitió tomar la decisión de dejar sin efectos los actos administrativos demandados y como decisión adicional, exhortar al órgano legislativo para ajustar el ordenamiento jurídico en materia disciplinaria con los postulados del sistema interamericano.

Los siguientes elementos permiten identificar que el fallo del Consejo de Estado incorpora la aplicación de la excepción de inconvencionalidad:

Efectos *inter partes*. La decisión del máximo tribunal de lo contencioso administrativo no aplicó las disposiciones de la ley 734 de 2002 sobre las facultades de la Procuraduría para inhabilitar políticamente funcionarios públicos y en su lugar aplicó directamente el contenido del artículo 23.2 del Pacto de San José, el cual dispone que los derechos políticos sólo pueden restringirse a título de sanción cuando ésta emana de una condena proferida por autoridad judicial competente en proceso penal. Las disposiciones inaplicadas continúan vigentes y los efectos del fallo únicamente se extienden a las partes del proceso.

Competencia *in genere*. Por tratarse de un control difuso de convencionalidad, el Consejo de Estado pudo aplicar la excepción de inconvencionalidad en este caso concreto, ya que su competencia no recae exclusivamente en las autoridades interamericanas, por el contrario, todas las autoridades – sean judiciales o no- están legitimadas para ejercerlo.

Aplicación rogada u oficiosa. En el caso objeto de estudio la aplicación de la excepción de inconvencionalidad fue producto de una solicitud de parte, la cual estaba consignada en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por la defensa del exalcalde, sin embargo, se puede hablar de una pretensión multilateral, en el entendido de que la CIDH por conducto de medida cautelar y de informe sobre el estado de vulneración de Derechos Humanos del ciudadano Gustavo Petro, exhortó para que se apliquen directamente las disposiciones convencionales.

Condición objetiva de aplicación. Se cumple la primera de las condiciones objetivas, pues la contradicción entre las normas locales con lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención es

totalmente evidente. Mientras la norma convencional establece que la restricción de derechos políticos por vía de sanción exige de una condena emanada de sentencia judicial, la Constitución y el Código disciplinario Único permiten que dicha determinación sea tomada por una autoridad de carácter administrativo, como lo es el Procurador General de la Nación.

Existen posturas que no comparten la aplicación de la excepción de inconvencionalidad en este caso concreto, para lo cual argumentan que existe un pronunciamiento de fondo y definitivo por parte de la Corte Constitucional respecto de la exequibilidad del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 que avala la destitución e inhabilidad política como sanción disciplinaria. En el estudio de constitucionalidad de la prenombrada norma, el Tribunal Constitucional “concluyó que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo pueden obligar al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso” (Corte Constitucional, 2014, C-500), postura que se aparta del concepto integral que guarda el Consejo de Estado sobre el alcance del control de convencionalidad, en el cual no sólo incluye la Convención, sino las interpretaciones que de la misma ofrece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias.

Las posiciones encontradas entre estas corporaciones en la aplicación del control de convencionalidad frente a derechos políticos no demeritan el cumplimiento de las condiciones objetivas, pues es sabido que el control de convencionalidad no sólo tiene como parámetro activo el Pacto de San José, sino todas las fuentes que involucran el desarrollo de dicha carta interamericana. Frente a esto, sostiene Castro (2016):

Los efectos del Control de Convencionalidad difuso en los ordenamientos jurídicos internos han sido de diferente naturaleza de cómo se confronta la norma convencional, la cual entendemos se refiere un control compuesto, como ya habíamos anotado, por

la CADH, los tratados que la desarrollan, amplían o complementan y las sentencias de la Corte IDH frente a las normas internas, incluida la Constitución. (p. 27)

El caso del exalcalde de Bogotá D.C., cuyo litigio estratégico ha involucrado acciones tanto de justicia local como transnacional, sirve de plataforma para reconocer en la excepción de inconvencionalidad una institución jurídica efectiva para la defensa de Derechos Humanos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que no son garantizados en el ordenamiento jurídico colombiano, tal y como sucede con los denominados derechos políticos. Su aplicación goza de validez jurídica y desde el punto de vista del litigio estratégico, puede considerarse como un verdadero mecanismo de prevención de litigios internacionales.

El marco jurídico sobre el alcance de la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación puede analizarse en relación con los estándares generales interamericanos que fueron desarrollados en este capítulo, tanto a nivel de juridicidad de la medida como desde su racionalidad.

En primer lugar, cabe recordar que el estándar de juridicidad hace referencia al soporte jurídico que tiene la medida restrictiva a partir del cuerpo jurídico interamericano consagrado tanto en la Convención como en el bloque de convencionalidad, el cual incluye las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese orden de ideas, aunque existe una aparente legitimidad formal de las facultades de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que limitan el ejercicio de los derechos políticos, ésta va en contravía de los postulados acogidos por el Pacto de San José en su artículo 23.2, puesto que no guarda congruencia con los requisitos que la disposición establece, a saber: (i) que se trate de una condena, (ii) impuesta en proceso penal (iii) por un juez competente.

Sobre la Procuraduría General de la Nación en relación con estos requisitos, se puede aseverar:

- En la estructura Estatal, la Procuraduría General de la Nación, según el artículo 275 constitucional, representa la suprema dirección del Ministerio Público y pertenece a los denominados organismos de control, con plena autonomía administrativa y por ende, no se equipara con una autoridad de orden judicial, lo que desdibuja la condición de juez competente definida en la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Los procesos adelantados por la Procuraduría General de la Nación en contra de funcionarios públicos y que pueden derivar en sanciones de inhabilidad política, no son de naturaleza judicial, por el contrario, son de naturaleza disciplinaria y las decisiones se reflejan en actos administrativos y no providencias judiciales.
- El acto administrativo por medio del cual la Procuraduría restringe el ejercicio de los derechos políticos de una persona, al no ser providencia judicial producida en el marco de un proceso penal, no acarrea una condena, sino una sanción disciplinaria.

De acuerdo con lo anterior, la regulación interna que habilita las medidas de restricción de derechos políticos por parte de la Procuraduría General de Nación no cumple con el requisito de juridicidad al apartarse del tenor normativo de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto al estándar de racionalidad enfocado a la finalidad de la medida, se indica que ésta debe ser proporcional y coherente con las obligaciones adquiridas ante el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos por parte del Estado. Respecto de la finalidad de las medidas restrictivas de derechos políticos en Colombia, se puede afirmar que los derechos políticos no son absolutos y bien puede el Estado Colombiano incorporar en su ordenamiento jurídico medidas que los limiten cuando se presentan determinadas circunstancias.

La regulación constitucional y legal en Colombia tiene medidas que restringen los derechos políticos que se ajustan a las razones acogidas por la Convención, como es el caso de la exigencia de determinada edad para ejercer el derecho al sufragio, la suspensión de la ciudadanía, entre otras; sin embargo, en lo que se refiere a la inhabilidad política impuesta por vía de sanción a cargo del Ministerio Público, no guarda coherencia por no tratarse de una autoridad judicial, ni mucho menos impuesta mediante condena en un proceso de carácter penal.

Es relevante indicar que el caso que sirvió de referencia para hacer el análisis concreto de los estándares interamericanos para la restricción de derechos políticos, al momento de realizarse este trabajo, se encuentra bajo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque a pesar de la restitución de derechos que operó en el sistema jurisdiccional local por parte del Consejo de Estado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que no se cumplió con las recomendaciones, específicamente en lo relacionado con la adecuación del ordenamiento jurídico interno conforme a los parámetros interamericanos y por el contrario, el Estado llevó a cabo una reforma legal que sostuvo dicha competencia restrictiva en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, desconociendo así el deber de adopción contemplado en la Convención.

CONCLUSIONES

Este trabajo permitió evidenciar que la categoría de derechos políticos es un concepto polisémico que admite, por un lado, una interpretación derivada de la filosofía política, y del otro, un alcance jurídico aterrizado en ordenamientos de derecho concretos. Mientras la primera acepción se refiere a capacidad política y prejurídica del poder constituyente primario bajo el amparo del principio de soberanía popular, la segunda se enfoca en los derechos de ciudadanía que regulan principalmente la participación política, el sufragio y la función pública.

En su dimensión jurídica, los derechos políticos son considerados garantías fundamentales y objeto de protección del constitucionalismo multinivel. Para el contexto colombiano, además de lo reglado en la Constitución Política de 1991 y como consecuencia del bloque de constitucionalidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su bloque de convencionalidad también es fuente de derechos políticos con carácter vinculante. Bajo esta idea, se formuló la pregunta de investigación que sirvió de senda metodológica en esta investigación: ¿Cuáles son los estándares interamericanos que se deben tener en cuenta para la aplicación del control de convencionalidad en materia de restricción de derechos políticos?

En primer lugar, buscando una respuesta a la pregunta planteada, se reafirmó que el control difuso de convencionalidad es una institución interamericana que resulta de obligatoria aplicación para el Estado colombiano como parte del Pacto de San José de 1969, correspondiendo a todas las autoridades judiciales y administrativas aplicar directamente los mandatos interamericanos cuando

existe una norma local contraria a la Convención. Dicho ejercicio se realiza a través de la denominada excepción de inconvencionalidad, la cual es *in genere*, puede ser rogada o aplicada de oficio con efectos *inter partes* y tiene condiciones objetivas de aplicación.

Consecuente con esta primera conclusión, se señala que la doctrina de los estándares interamericanos corresponde con el propósito de lograr la eficacia del control de convencionalidad, precisando cuáles con los parámetros convencionales que tendrán que ser tenidos en cuenta por los Estados a la hora de ejercerlo, reconociéndose estándares tanto normativos como jurisprudenciales con criterios de legitimidad, finalidad e instrumentalidad. Los normativos emanan de los instrumentos interamericanas que consagran y los jurisprudenciales se asocian esencialmente a los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias.

Es claro que los derechos políticos, tal y como se presentó en este trabajo, cuentan con estándares normativos claros en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tanto en su alcance práctico como en las circunstancias de restricción, las cuales pueden obedecer a causas naturales o civiles, así como sancionatorias. En las primeras están las limitaciones fijadas producto de la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, y en la segunda, por condena proferida por juez competente en un proceso penal. Los Estados parte del pacto pueden reglamentar el alcance de los derechos políticos sin salirse de este marco.

Se logra concluir que, más que las razones civiles o naturales, son las sancionatorias las que representan mayor tensión con los propósitos axiológicos de los derechos políticos. Por esta razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que para restringir este tipo de derechos por vía de la sanción se tiene que agotar el test de proporcionalidad, garantizando un examen de legalidad o juridicidad de la medida, así como su racionalidad. Es decir, su

compatibilidad jurídica con el ordenamiento interamericano y la persecución de un bien aceptado por la Convención. Quedó claro que la mayoría de los Estados, entre ellos Colombia, establecen instituciones jurídicas para la limitación de los derechos políticos desde el escenario sancionatorio, siendo los más relevantes el juicio político y los controles de tipo fiscal y disciplinario.

Sobre el juicio político, se coligió que puede o no ser convencional, dependiendo de la naturaleza con la que se estructura, es decir, si persigue la sanción de delitos y no asuntos exclusivamente políticos. El examen de juridicidad determinó que, cuando es entendido como un proceso penal para aforados constitucionales, el propio parlamento puede fungir como juez natural y la decisión será válida en la medida que respete las garantías judiciales establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este trabajo, se pudo observar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha admitido la validez del *impeachment* en el sistema de derecho cuando se cumplen dichas condiciones y, por ende, admite que la mejor forma de revisar la indebida aplicación de la institución es analizarlo en los casos concretos por vía contenciosa.

En cuanto al análisis de proporcionalidad sobre los controles de carácter fiscal y disciplinario ejercidos por autoridades administrativas que pueden derivar en la restricción de derechos políticos, el resultado fue desfavorable respecto de la convencionalidad de los mismos. No se pudo acreditar la juridicidad por cuanto las sanciones no derivan de un proceso penal y no representan la condena de una conducta punible y, de otro lado, la autoridad que la emite es de orden administrativo y no judicial. Tanta es la distinción de este tipo de procesos frente al penal que, cuando una misma conducta puede considerarse falta fiscal, falta disciplinaria y delito, existiendo tres canales procesales para decidir su sanción sin que opere el principio de *non bis in idem*. Su falta de juridicidad aleja la racionalidad de su propósito.

La determinación de estos estándares permitió reconocer la inconventionalidad del ordenamiento jurídico colombiano frente al control disciplinario establecido en el Código Único Disciplinario y el Código General Disciplinario, lo que faculta a las autoridades judiciales y administrativas para ejercer el control difuso de convencionalidad mediante la figura de excepción para proteger los derechos políticos de quienes se vean afectados por la aplicación de una norma contraria al Pacto de San José. Esta posibilidad fue demostrada con el caso del exalcalde de Bogotá D.C., Gustavo Francisco Petro Urrego, quien fue inhabilitado por disposición de la Procuraduría General de la Nación, pero el Consejo de Estado le restituyó sus derechos políticos en sede de nulidad y restablecimiento del derecho y bajo la figura de la excepción de inconventionalidad, por considerar que estaba basada en una disposición legal contraria a las obligaciones internacionales suscritas por el Estado colombiano, específicamente el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada mediante Ley 16 de 1972.

Este análisis sobre los derechos políticos en Colombia en el marco del control de convencionalidad permite concluir que las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos no son un canto a la bandera, sino una parte estructural del sistema constitucional y, por tanto, defender la Convención Americana sobre Derechos Humanos es a su vez, proteger la Constitución Política de 1991.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ahumada, M. A. (2009). Neoconstitucionalismo y constitucionalismo. En: Paolo Comanducci, María Ángeles Ahumada Ruiz, Daniel González Lagier: Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, R., & Pulido, C. B. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arvizu Galván, I. (2017). Principio de legalidad vs. Principio de juridicidad. México: Revista Letras Jurídicas No. 35.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de razonable. España: Editorial Doxa.
- Azzellini, D. (2015). La construcción de dos lados. Poder constituido y poder constituyente en Venezuela. Caracas: Biblioteca Roja.
- Bidart Campos, G. (1999). Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Argentina: Sociedad anónima editora comercial, industrial y financiera. Tomo 1ª.
- Bodin, J., & Gala, P. B. (1992). Los seis libros de la República. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Cancado, A. (2001). El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI. Chile: Editorial jurídica de Chile.

- Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cárdenas Herrera, A. B. & Díaz Castillo, W. (2018). Estándares internacionales y regionales para la implementación de la Justicia Transicional en las sociedades que transiten hacia la Paz. En Velandia Canosa, E. A. (Dir.) Derecho Procesal Constitucional. Colombia: VC Editores.
- Cárdenas Poveda, M., & Suárez Osma, I. (2014). Application of Remedy Criteria of the Inter-American Court of Human Rights Jurisprudence in Colombian Council of State Judgments. *Revista Opinión Jurídica*, 13(26), 33-48.
- Castro Buitrago, C. E. (2016). La génesis del control de convencionalidad: ejercicio del control de convencionalidad difuso por parte del Consejo de Estado Colombiano 2006-2014. Colombia: El control de convencionalidad, *Revista JUS Público* 17. Universidad Católica de Colombia.
- Cayón, J. I. S. (2014). Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 176-226.
- Chenoweth, E., & Stephan, M. J. (2014). Drop your weapons: When and why civil resistance works. *Foreign Aff.*
- Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (2009). Informe sobre la Democracia y Derechos Humanos en Venezuela.
- Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (1990). Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití.

Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (2014). Resolución 5/2014. Medida cautelar 374-13. En: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/mc374-13-es.pdf>

Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (2017). Solicitud de opinión consultiva del 13 de octubre de 2017 sobre Juicios Políticos.

Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (2017). Informe caso Gustavo Petro vs. Colombia. 25 de octubre de 2017.

Consejo De Estado. (2014). Auto del 13 de mayo de 2014. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14).

Consejo De Estado. (2017). Sentencia del 15 de noviembre de 2017. M.P. César Palomino Cortés. Expediente 110010325000201400360 00(1131-2014)

Constenla Arguedas, A. F. (2013). El juicio político o impeachment en el Derecho Constitucional Comparado Latinoamericano. Costa Rica: Revista Judicial N. 109.

Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-063 de 1995. M. Po. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-600 de 1998. M. Po. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional. (2003). Auto 015 de 2003. Magistrado que proyectó: Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-067 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-685 de 2003. M. Po. Eduardo Montealegre.

Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-161 de 2009. M. Po. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-122 de 2011. M. Po. Juan Carlos Henao.

Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-500 de 2014. M. Po. Mauricio González.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997). Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 sobre informes de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos.

Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2001) Sentencia caso Tribunal Constitucional vs. Perú.

Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2005) Sentencia caso Yatama vs Nicaragua.

Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2006) Sentencia Almonacid Arellano vs. Estado de Chile.

Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2008) Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.

Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2011). Sentencia Caso López Mendoza vs. Venezuela.

Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2017). Resolución 29 de mayo de 2018 frente a Solicitud de opinión consultiva del 13 de octubre de 2017 sobre Juicios Políticos.

Cubides Cárdenas, J., Grandas Ferrand, A. M., León Molina, J. E., Prieto Salas, M. A., & González Garcete, J. M. (2016). Perspectivas del constitucionalismo. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.

Echandi Gurdián, M. (2009). El concepto de estado y los aportes de Maquiavelo a la teoría del estado. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (119).

Fernández Sarasola, I. (2019). La «constitución generacional» en el pensamiento revolucionario francés. *Revista de Estudios Políticos*, 185, 45-74.

- Ferrer Mac Gregor, E. (2010). Voto razonado de la Sentencia de Fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.
- Foucault, M. (2003). La ética del cuidado de sí como práctica de la libertad. En Obras Esenciales Vol. 3. Barcelona, España: Ediciones Paidós.
- García Pelayo, M. (1991). Estado legal y Estado constitucional de Derecho. Venezuela: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, edición N° 82.
- Grau, L. (2001). Las constituciones revolucionarias: 1776-1780. Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/material-de-clase-1/ConstlismAmerOCW_2-5_ES_Ch2.pdf
- González, G. R. (2020). El Sentido de la Dogmática Jurídica. Apuntes Para una Lectura desde El Realismo Jurídico Clásico. *Novum Jus*, 14(1), 191-213.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In *Neoconstitucionalismo (s)* (pp. 49-74). Trotta.
- Hernández Castaño, D. P. (2014). Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad. Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Hitters, J. C. (2013). Un avance en el control de convencionalidad. (el efecto 'erga omnes' de las sentencias de la corte interamericana). *Estudios constitucionales*, 11(2), 695-712. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200018>

- Hitters, J. C. & Fappiano, O. (1999). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Hoyos Rojas, L. M. (2008). El bloque de constitucionalidad y su función integradora en el ordenamiento jurídico colombiano. Colombia: Gaceta jurídica, número 3, Universidad de Santander.
- Hurtado Quintero, W. F. (2017). Excepción de inconvencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. En Cucarella Galiana, L. A. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Hurtado Quintero, W. F. (2018). ¿Qué es la excepción de inconvencionalidad? España: Diario Jurídico. Recuperado de <https://www.diariojuridico.com/la-excepcion-inconvencionalidad/>
- Hurtado Quintero, W. F. (2018). Excepción de inconvencionalidad como mecanismo de protección de Derechos Políticos: caso Gustavo Petro vs. Colombia. En: Velandia Canosa. Derecho Porcesal Constitucional. Colombia: VC Editores.
- Hurtado Quintero, W. F. [Facultad Judicial de Derecho Tributario Radio Lex] (2019, julio 27). Protección de los Derechos Políticos en el sistema interamericano de DDHH | Juristas LATAM [Archivo de vídeo]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=RTRHOnZdTMA>
- Locke, J., & Groisman, E. I. (1973). El derecho a la rebelión. La Bastilla.
- Londoño Lázaro, M. (2006). El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos. Perú: Comisión andina de juristas.
- Maritain, J. (1983) El Hombre y el Estado. Madrid: Editorial Encuentro.

Marshall Barberán, P. (2010). La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional. Chile: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, núm. XXXV.

Martínez Dalmau, R. (2010). Democracia, constitucionalismo, constitución, soberanía. En: Guzmán Mendoza, C. E. & Insignares, S. Política y derecho. Retos del siglo XXI Política y derecho: retos para el siglo XXI. Universidad del Norte: Colombia, p. 108-124. Recuperado de https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=nCzzBp6fpYwC&oi=fnd&pg=PA108&dq=Democracia,+constitucionalismo,+constituci%C3%B3n,+soberan%C3%ADa&ots=MncS_sVHsX&sig=yVS12FvU4BCPVvWhiDi0D07grPA&redir_esc=y#v=onepage&q=Democracia%20constitucionalismo%20constituci%C3%B3n%20soberan%C3%ADa&f=false

Martínez Dalmau, R. [attactv]. (2015 diciembre 06). La reforma de la Constitución democrática. Ponencia presentada en el IV Congreso sobre Teoría y Práctica del Poder Constituyente. [Archivo de video]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=GCEIUI-H-t0&t=1199s> Molina Carrillo, J. G. (2006). Los Derechos Políticos como Derechos Humanos en México. México: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 18.

Molina Vergara, M. (2018). Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. Colombia: Revista de derecho (Coquimbo), 25(1), 233-256.

Nogueira Alcalá, H. (2009). Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional. Ius et Praxis, p. 229-262. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100007>

- Olano García, H. (2003). El bloque de constitucionalidad en Colombia. España: Estudios constitucionales, volumen I.
- Organización de Estados Americanos. (2001). Carta Democrática Interamericana.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Madrid: Doxa n° 21-II.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). El control de convencionalidad. Como control normativo y no como control simplemente erudito o formal. En: “Derecho procesal constitucional”. Colombia: VC Editores. Tomo V.
- Quiroga Natale, E. A. (2014). Derecho procesal constitucional y excepción de inconstitucionalidad en Colombia. En Velandia Canosa. Derecho procesal constitucional. Colombia: VC Editores.
- Radbruch, G. (1999) Relativismo y derecho. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Ramelli, A. (2004). Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia. Cuestiones constitucionales, (11), 157-175.
- Ramírez González, M. Á. (2014). El impacto del control de convencionalidad en los conceptos de constitución, soberanía y supremacía constitucional.
- Redondo, M. C. (1997). Teorías del derecho e indeterminación
- Rey Cantor, E. (2009). Control de convencionalidad de las leyes. En: LA ciencia del derecho procesal constitucional. Colombia: Editorial Temis.

- Rey Cantor, E. (2008). Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos. México: Editorial Porrúa.
- Roblewski, J. (1983). Creación del Derecho e interpretación. En: Eugenio Bulygin, Martín D. Farrell, Carlos S. Nino, Eduardo A. Rabossi (compiladores). El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió. Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- Rodrigo, C. (2011). El impeachment en América Latina: un desafío abierto al análisis político. Buenos Aires, Argentina: Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L Gioja, año 5, No. Especial.
- Rousseau, J. J. (1985). El Contrato Social o principios de Derecho Político (1a. ed.). MADRID: ALBA. Recuperado de http://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016_923am_579f698613e3b.pdf
- Rousseau, C. (1966). Derecho Internacional público. España: Editorial Ariel.
- Schmitt, C. (1971). Legalidad y legitimidad. Traducción de José Díaz García. Madrid, España: Aguilar.
- Schmitt, C. (1982), Teoría de la Constitución, Madrid: Editorial Alianza.
- Sieyés, E. (1988). ¿Qué es el Estado llano?, trad. José Rico Godoy. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Suárez Osma, I. (2015). Control de convencionalidad y autprecedente interamericano. Colombia: Editorial Ibañez.
- Uprimny, R. (2006). Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Recuperado de

<http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clas1Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

Velandia Canosa, E. A. (2014). Derecho procesal constitucional transnacional. El proceso ante la Corte interamericana de Derechos Humanos. En: Derecho procesal constitucional. Colombia: VC Editores. Tomo V.

Villegas, G. L. (2009). Control político y responsabilidad política en Colombia. Colombia: Revista Derecho del Estado, 22, 231.

Zagrebelsky, Gustavo. (2000) La Constitución y sus normas, en Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, México: Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México