El Estado colombiano y su incumplimiento de la obligación internacional de adecuación de las normas internas a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Andrés Cuéllar Cedeño

Universidad El Bosque, Bogotá, Colombia

Juan Camilo Torres Carvajal

Universidad El Bosque, Bogotá, Colombia

Resumen

Al haber suscrito el Estado colombiano la Convención Americana de Derechos Humanos, adquiere una serie de obligaciones que debe cumplir para dar adecuado cumplimiento a lo estipulado en la Convención. Sin embargo, a través de este estudio, podemos vislumbrar que Colombia, a pesar de ser pionero en la protección de los derechos humanos en la región, está incumpliendo la Convención Americana de Derechos Humanos, pues ha desconocido la obligación de adecuación del ordenamiento jurídico interno a lo estipulado en los instrumentos internacionales y, como consecuencia de ello, se ve sometida al primer control de convencionalidad aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este artículo monográfico, podrá comprender el fenómeno del control de convencionalidad y las posibles sanciones por el caso Petro que serán impuestas al Estado colombiano por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de la Convención.

Palabra claves

Control de Convencionalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Constitución Política de Colombia. Bloque de Constitucionalidad. Sanciones Disciplinarias. Procuraduría General de la Nación – Funciones-.

Abstract

PSICOGENTE

The American Convention on Human Rights describes a series of obligations that the states must fulfill in order to properly comply with the provisions of the Convention. However, through this study we can observe that Colombia, despite of being a pioneer in the protection of Human Rights in the region, is violating the American Convention on Human Rights, as it has ignored the obligation to adapt the domestic legal system to what is stipulated in international instruments and, as a consequence, is subject to the first Conventionality Control applied by the Inter-American Court of Human Rights. In this monographic article, you can understand the Conventionality Control phenomenon and the possible penalties for the Petro Case that will be imposed on the Colombian State for breach of the obligations acquired under the Convention.

Key Words

Conventionality Control. Interamerican Court of Human Rights. Colombia Political Constitution. Constitutionality Block. Disciplinary Sanctions Office of the Attorney General - Functions-.

Introducción

Es obligación del Estado colombiano a la luz del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política, respetar cualquier tratado que se ratifique y verse sobre derechos humanos. El artículo superior realiza una incorporación directa y automática de los tratados internacionales, otorgándoles, en principio, rango constitucional. Por lo mismo, cada vez que el Estado colombiano suscribe un tratado internacional que tiene por objeto la protección y el desarrollo de los derechos humanos, es imprescindible que adecúe las normas internas para tratar de garantizar en mayor medida su cumplimiento.

El 9 de diciembre de 2013, la Procuraduría General de la Nación, en virtud de las funciones asignadas por el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, mediante resolución No. 2012-447489, declaró responsable disciplinariamente al ex alcalde de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, por irregularidades ocurridas por el cambio de la prestación del servicio de aseo en la capital de la república, destituyéndolo de su cargo e inhabilitándolo por 15 años para el ejercicio de la política (2013). Ante ello, se presenta en Colombia el fenómeno que se conoció como “la tutelatón”, donde, además de los abogados del exalcalde, sus seguidores y muchos ciudadanos presentaron acciones de tutela pidiendo que se respetara el derecho al debido proceso, a ejercer derechos políticos, igualdad ante la ley, entre otros.

Entre todas esas herramientas, se acudió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "CIDH") para que conociera el caso y expidiera medidas cautelares a favor del ex alcalde, pues se le estaban vulnerando los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "CADH"); entre ellos, derecho a la integridad personal (artículo 5), a las garantías judiciales (artículo 8), a los derechos políticos (artículo 23), al derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24) y a la protección judicial (artículo 25). Tales medidas se materializaron el 18 de marzo de 2014 (CIDH, Res. 5/2014, párr. 1). Sin embargo, el Estado colombiano no acató la orden de la CIDH señalando que se le había respetado el debido proceso y las garantías procesales, por lo que no lo restituyó.

A pesar de ello, las medidas cautelares otorgadas por la Comisión aún gozan de vigencia, y la renuencia de la aceptación de dichas medidas solo abrió más el espectro para que la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte" o "CoIDH") entrara a examinar la situación que fue puesta en conocimiento por la Comisión. Como resultado, tendremos el primer control de convencionalidad del ordenamiento jurídico colombiano.

Esta situación lleva a preguntarse si Colombia está cumpliendo con las obligaciones del artículo 2 de la CADH adquiridas al momento de la ratificación de dicho instrumento, pues de la lectura de la Convención y de los tratados sobre derechos humanos, entre ellos, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, se puede colegir que el artículo 277 numeral 6 de la Constitución Política contraría lo señalado en los instrumentos citados.

Frente a la problemática descrita, se plantean las siguientes preguntas:

¿Está Colombia cumpliendo con la obligación de adecuar su ordenamiento jurídico para que armonice con la Convención Americana de Derechos Humanos? ¿Qué esperar del control de convencionalidad que realizará la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Para responder a estas problemáticas, se pretende hacer un análisis de los aspectos generales del control de convencionalidad, de la obligación de adecuar el ordenamiento interno a lo estipulado por la Convención y, por último, del posible escenario que se presentaría en la sentencia de control de convencionalidad de la CoIDH. Partiendo de la hipótesis del incumplimiento del Estado colombiano de los preceptos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, se realiza la observación del fenómeno del control de convencionalidad ejercido por la CoIDH en

otros Estados que también incumplieron las disposiciones de la Convención y desembocaron en una condena de adecuación del orden interno a lo establecido en el instrumento.

I. Antecedentes y aproximaciones al control de convencionalidad

El control de convencionalidad aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) en el caso Myrna Mack vs. Guatemala. Allí, el juez y entonces vicepresidente de la corporación Sergio García Ramírez, realiza un voto concurrente razonado y establece que no es posible dejar que un Estado miembro de la Convención sesione ante la CoIDH de manera fragmentada, es decir, entregar a los órganos del mismo la capacidad de representar al Estado en juicio y, así, sustraer la responsabilidad total del Estado, pues esto atenta contra el "Control de Convencionalidad" que ejerce la CoIDH, dejando por fuera algunas actuaciones de otros órganos estatales (CoIDH, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 15 nov 03, párr. 27).

Después, en el caso Arellano y otros vs. Chile del 26 de septiembre de 2006, se utiliza la figura del control de convencionalidad como parte de la *ratio decidendi* que termina con la condena del Estado chileno por la ejecución extrajudicial del ciudadano y profesor y militante del partido comunista Luis Alfredo Almonacid Arellano y la no reparación correcta de los familiares de la víctima. Sobre la convencionalidad, la CoIDH sostiene que

> 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** (CoIDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 sept 2006, párr. 124 en excepcione preliminares) (Negrilla fuera del texto).

Algo semejante ocurrió ese mismo año cuando la CoIDH condena al Estado peruano por la desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial de 10 personas por parte de las FFMM del Estado en el caso conocido en la región como La Cantuta. Aquí, la CoIDH acudió de nuevo al control de convencionalidad y aplica su precedente, es decir, se remite directamente a la sentencia del caso Arellano y otros vs. Chile. Es así como en el párrafo 173 reitera lo dicho anteriormente sobre el control, agregando que

> El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana (CoIDH, caso La Cantuta vs. Perú, 26 nov 06).

Se empieza entonces a vislumbrar el nacimiento de una figura de "control institucional internacional", propia del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, con aplicación directa de la CoIDH, que tiene al artículo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante "la Convención") como su pilar fundamental, pues es menester que los Estados parte cumplan con la Convención y sus demás disposiciones para hacer efectivos los derechos y libertades de los que trata el instrumento internacional.

Dicho control institucional internacional se materializa con mayor fuerza en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, en el que, el 26 de noviembre de 2011, se declara al Estado responsable por haber privado injustamente de su libertad a los señores Cabrera y Montiel, además de haberles ocasionado daños en su integridad personal, pues fueron indebidamente detenidos, trasladados al batallón 40 de infantería y torturados por las FFMM. Posteriormente, las FFMM iniciaron un proceso penal contra los señores García y Montiel por porte irregular de armas. Dicho proceso acabó con la condena de estos. Ante las irregularidades presentadas durante todo el proceso, el caso llega a la CoIDH y esta reitera que cuando los Estados forman parte de la Convención, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a lo que indica el instrumento, por lo que en su conjunto (Estado y órganos estatales) están obligados a garantizar que las disposiciones contenidas en la Convención no se vean debilitadas o disminuidas por disposiciones normativas contrarias. Así, señala la CoIDH que

> Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (CoIDH, caso García y Montiel vs. México, 26 nov 10, párr. 225).

De contera, en la decisión del caso Gelman vs. Uruguay y el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, la Corte Interamericana impone el deber de ejercer control de convencionalidad por parte de toda autoridad pública, entiéndase administrativa o judicial. Así, respecto al primero, la CoIDH reitera que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención, sus órganos y jueces se someten a él, comprometiéndose a no mermar la aplicación de sus normas por preceptos internos que contraríen su objeto, por lo que todos los jueces al momento de administrar justicia deben hacer un "control de convencionalidad ex officio" entre las normas internas y la Convención, teniendo en cuenta "*no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*" (CoIDH, caso Gelman vs. Uruguay, 24 feb 11, párr. 193).

Y respecto al segundo, la CIDH considera que en el ámbito de su competencia "*todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad*" (CoIDH, caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 28 ago 14, párr. 497).

Adicionalmente, la CoIDH extiende el control de convencionalidad a otros instrumentos, no solo a la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo que quiere decir que se aplica también para instrumentos como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en general, cualquiera de los instrumentos constitutivos de protección de derechos humanos.

En el caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, la CoIDH sostiene

> Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados

> obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin (CoIDH, caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, 20 nov 12, párr. 330).

Ahora bien, para interés de la presente monografía, hay que resaltar el caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, donde la CoIDH rotula que no impone a los Estados un modelo determinado de control de convencionalidad, lo que hace que sea discrecional de cada Estado señalar cómo sería el procedimiento para que sus operadores jurídicos y administrativos apliquen el control de convencionalidad. Sostiene el tribunal

> Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión […] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (CoIDH, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, 30 ene 18).

En suma, el control de convencionalidad viene dado por el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ella, encontramos que dicho control nace de un voto concurrente que marca el inicio hacia su primer precedente; que el control de convencionalidad abarca al Estado y a sus órganos e instituciones, instando a estos a aplicar dicho control entre normas internas y la Convención; y que la CoIDH ha dejado a discrecionalidad de los Estados parte su forma de aplicar el control de convencionalidad.

II. Concepto de control de convencionalidad. Concentrado u original y difuso o nacional; características del control de convencionalidad

Quinche Ramírez, sostiene que el control de convencionalidad “consiste en la labor de verificación que permite establecer que las normas internas de un país, que se aplican a casos concretos, resultan

conformes con los estándares mínimos comunes definidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (2017, p. 1).

Desde nuestro punto de vista, el control de convencionalidad es una herramienta que nace en la Corte Interamericana de Derechos Humanos para ejercer control sobre las normas internas que un Estado parte de la Convención aplica a un caso en concreto, verificando que dichas normas aplicadas estén en consonancia con la CADH y en general con los instrumentos de protección de Derechos Humanos.

Empero, el control de convencionalidad debe verse bajo el prisma de dos tipos de control. El primero, es el *control concentrado u original*, que es aquel que nace a través de la actividad de la CoIDH y consiste en el cotejo que realiza esta corporación sobre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte a la luz de la Convención y de los otros instrumentos de protección de los Derechos Humanos. El segundo, *es el control difuso o interno*, que es el realizado por los operadores jurídicos de los Estados parte (Carvalho Ramos, 2016, p. 430).

El magistrado de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez define el control de convencionalidad externo e interno, esbozando que

> El control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales. (...) En definitiva, **ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte IDH cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control propio, original o externo.**
>
> Ahora bien, cuando menciono **el control interno de convencionalidad me refiero a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales** (...) **para verificar la congruencia entre actos internos** —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera**— con las disposiciones del derecho internacional** (Negrilla fuera del texto) (García Ramírez, 2011, p. 126).

En ese mismo sentido, Castilla Juárez señala que, aunque el control de convencionalidad es propio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no significa que el poder judicial y

administrativo de los Estados parte, es decir, tribunales, jueces y funcionarios, no estén obligados a aplicar e interpretar las disposiciones de los instrumentos interamericanos que versen sobre derechos humanos (2011).

En esa misma línea, Sagüéz sostiene que los primeros llamados a ejercer control de convencionalidad son los jueces de los Estados parte y, después, con el fallo del caso Gelman contra Uruguay, ese llamado se extendió no solo a los jueces, sino a todas las autoridades públicas y órganos de los Estados vinculados a la administración de justicia (2015), lo que significa que tribunales, jueces y funcionarios pueden analizar, si así lo desean, las incompatibilidades del ordenamiento interno respecto de la Convención y aplicar esta última de ser necesario.

En conclusión, el control de convencionalidad puede ser externo e interno, concentrado o difuso o propio o impropio. Pero, sea cual sea la clasificación, no interfiere en el hecho de que el control de convencionalidad en general consiste en el cotejo del ordenamiento interno de cada Estado parte aplicado a un caso concreto y que esas normas estén en armonía con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Así, Quinche Ramírez señala que el control de convencionalidad no es más que el escrutinio realizado por la CoIDH sobre las normas, las políticas públicas y las actuaciones de las autoridades del Estado con la finalidad de la protección de los derechos humanos que son de su competencia a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos (2017, p. 58).

Todo nos indica que el control de convencionalidad puede ser efectuado tanto por el tribunal originario como por los tribunales nacionales. Sin embargo, el problema colombiano se reduce a la aplicación del control por parte de los tribunales nacionales. Si bien es cierto que el Consejo de Estado es el tribunal pionero en Colombia sobre la aplicación del control de convencionalidad, también es cierto que la Corte Constitucional ha sido renuente a la aplicación de dicho control, pero este tema lo abordaremos más adelante.

III. Adecuación del control de convencionalidad al ordenamiento jurídico interno.

Al momento de la firma y ratificación del tratado, es decir, la Convención Americana de Derechos Humanos, nace para los Estados una serie de obligaciones que deben cumplir, entre ellas, adecuar su ordenamiento a lo dictado por la Convención. A la postre, esta obligación viene dada también por el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que el bloque de constitucionalidad puede verse en dos sentidos, *estricto* y *débil* o *lato*. La corporación ha señalado que, para que una norma haga parte del bloque, debe cumplir con 2 requisitos: el primero, que exista un reenvío normativo; el segundo, la norma debe tratar sobre DDHH. Sostiene la Corte Constitucional que

> En ese orden, la misma Corte ha hecho una distinción entre dos tipos de bloque; en sentido estricto y débil. En el primer caso, las normas que cumplan con los requisitos previstos en el párrafo anterior tendrán la misma fuerza y jerarquía que la Constitución. En cambio, en el segundo escenario, no harán parte de la Constitución, pero serán normas parámetro de interpretación y de control constitucional. (C. Const., 27 may 16, T-280A/2016, MP. L. E. Vargas Silva).

Para el caso de este artículo, el sentido del bloque de constitucionalidad es el estricto, pues la CADH cumple con ambos requisitos, el reenvío normativo de los artículos 93 y 94 y que trata sobre Derechos Humanos.

Por otro lado, el alto tribunal de lo constitucional ha sido enfático en señalar que no es juez de convencionalidad, pasando por alto las providencias de la CoIDH que establecen que los tribunales deben fungir como jueces de convencionalidad , ejerciendo un control *ex oficio*.

> Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad, y la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, es decir, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado. (C. Const. 25 abr 07, C-291/2007, MP. M. J. Cepeda Espinosa).

Así, se abre paso el denominado “bloque de convencionalidad” que comprende todos los instrumentos internacionales que versan sobre protección de derechos humanos. Dentro de este bloque se comprende: Convención Americana de Derechos Humanos, los tratados del Sistema Interamericano de Protección, tratados concurrentes a la Convención (como el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos) y reglas y estándares (hasta precedentes) fijados por la CoIDH.

En suma, todo esto conlleva a los Estados parte a asumir ciertas obligaciones:

a) Obligación de los Estados a cumplir con la Convención.

Este compromiso viene dado por la propia Convención y no es más que el carácter vinculante y de cumplimiento que tienen las obligaciones adquiridas por los Estados. El artículo 1 del instrumento señala la obligación que tienen los Estados de respetar los derechos.

Dicho enunciado es entonces piedra angular del respeto de los derechos por parte del Estado, además de fungir como garantía del ejercicio libre y pleno de estos. Sobre esta garantía, la CoIDH, en el caso Godinez Cruz contra Honduras, desarrolla la regla del "deber organizacional" del Estado para que, con su aparato estatal y manifestación de su poder público, sea capaz de asegurar el desarrollo libre y pleno de los derechos humanos y, como consecuencia de ello, prevenir, investigar y sancionar cualquier violación de los derechos contenidos en la Convención (párr. 175, 1989).

Entonces, a partir de esta regla, los Estados y sus operadores jurídicos deben, a efectos del control de convencionalidad, garantizar la integridad de los derechos humanos.

b) Expulsión de normas contrarias a la Convención.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención señala que los Estados parte tienen la obligación de adecuar su ordenamiento jurídico a lo establecido en la Convención.

El enunciado expresamente afirma que los Estados tienen el deber de adoptar o adecuar su legislación a la Convención, pues como bien señala Rincón, "*los Estados no pueden invocar disposiciones de su derecho interno (constitucional u otro) para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones impuestas por los tratados internacionales de derechos humanos*" (2010, p. 52).

En ese orden de ideas, Quinche sostiene que los Estados que forman parte del aparato del derecho internacional de los derechos humanos, deben cumplir con la obligación de adecuar su ordenamiento interno bajo 3 directrices básicas: i) obligación de adoptar normas (medidas positivas) para desarrollar de manera efectiva las garantías que reposan en la Convención; ii) obligación de suprimir normas o prácticas que violen dichas garantías; y iii) obligación de no limitar el ejercicio de cualquier derecho (2017, p. 83, 84), salvo que sea estrictamente necesario.

Así pues, adecuar el ordenamiento interno de los Estados parte no solo quiere decir que se deban adaptar las normas contenidas en las leyes, decretos u otros cuerpos normativos, sino que también implica llevar a cabo el acondicionamiento de la Constitución Política a lo establecido en el instrumento.

De contera, si se encuentra un caso en el que un Estado parte ha hecho caso omiso de la adecuación de su ordenamiento a los preceptos de la Convención, la Corte Interamericana puede, además de condenar con reparación integral, ordenar la expulsión o adecuamiento de la norma constitucional, si es el caso, del ordenamiento de ese Estado parte.

Al respecto, el caso de Olomedo Bustos vs. Chile, es un ejemplo fehaciente del carácter de obligatoriedad de adaptación de las normas internas a la Convención. Este caso versa, en primer lugar, sobre la censura que realiza el Estado chileno al filme "la última tentación de Cristo" por atentar contra la religión y la moral católica, amparada en el artículo 5 constitucional y, en segundo lugar, la vulneración de los artículos 12 y 13 de la Convención sobre libertad de conciencia y de religión y libertad de pensamiento y de expresión. En esta providencia, la CoIDH condena al Estado chileno a permitir la exhibición del filme, además de ordenarle la modificación del artículo 5 de su Constitución Política por no cumplir con lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos.

c) Carácter subsidiario relativo de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El caso del filme "la última tentación de Cristo" llega a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el carácter subsidiario que tiene esa jurisdicción. Esta se materializa o bien porque el Estado no brindó el correcto acceso a la justicia a la víctima, o bien porque su trabajo para perseguir, garantizar y aplicar justicia a los derechos vulnerados fue ineficiente por parte del mismo, tomando su aparato de justicia una decisión abiertamente contraria a lo estipulado en la Convención.

De igual manera, para el ejercicio del control de convencionalidad no es necesario el escenario de la CoIDH (Ferrer-MacGregor, 2011). Puede presentarse entonces, como vimos en el capítulo anterior, el control difuso. Así, la Corte Interamericana ha sido permisiva al sostener que "*el control de convencionalidad debe ser realizado dentro de las reglas de competencia y las regulaciones procesales internas, tesis quizá impulsada por el objetivo de permitir la armonización de una herramienta que se muestra compleja con los diferentes ordenamientos internos*" (Suarez Osma, p. 122, 2016).

Asimismo, la adecuación del ordenamiento jurídico interno de los Estados parte es el *deber ser* consagrado en el artículo 2 de la Convención y, cuando se hace caso omiso a esa adecuación, los

Estados parte se quedan en el *ser* de su ordenamiento jurídico interno (incluyendo sus constituciones), pudiendo llegar a intervenir la CoIDH, ejerciendo efectivamente control de convencionalidad (Ibáñez Rivas, 2017).

IV. Incumplimiento colombiano y escenario del primer control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Atendiendo a lo pertinente al caso de Gustavo Petro Urrego vs. Colombia, la Comisión impulsa ante la Corte la situación del entonces alcalde. Concluye la primera que las sanciones impuestas por la Procuraduría General de la Nación, es decir, la destitución e inhabilitación por 15 años para el ejercicio de la política, viola sus derechos políticos y del debido proceso consagrados en la CADH, pues a la luz de esta, ambas sanciones debían haber sido impuestas por una autoridad judicial penal y no por un ente de control de carácter administrativo (CIDH, informe, 2018).

Sobre el debido proceso, la Comisión va más allá y sostiene que se desconocieron las garantías de imparcialidad relacionadas con el principio universal de la presunción de inocencia, pues fue el mismo órgano, la Procuraduría, que sirvió como ente acusador y juzgador (CIDH, informe, 2018).

Para materia de análisis, en resumen, el informe de acusación realizado por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el caso versa sobre las violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de un proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación de Colombia en contra del entonces alcalde de Bogotá, el señor Gustavo Petro Urrego. El 9 de diciembre de 2013, dicho proceso disciplinario culminó con la destitución del alcalde y la inhabilitación por quince años para ejercer política. Para la Comisión, las sanciones podrían haber vulnerado los derechos del señor Petro, pues dichas sanciones deben ser interpuestas por una autoridad judicial penal mediante condena en firme. Así, “la Comisión señaló que la imposición de sanciones de este tipo por vía administrativa podría afectar el juego democrático, toda vez que, en principio, es al electorado al que le corresponde determinar la idoneidad de los candidatos mediante el ejercicio del sufragio pasivo” (CIDH, informe, caso Petro Urrego vs. Colombia, 7 ago 18).

Sobre el proceso disciplinario, sostiene la Comisión que pudo haberse afectado la garantía de imparcialidad en relación con el principio de presunción de inocencia, pues fue la misma autoridad, es decir, la Procuraduría General de la Nación, que actuó como juez y ente acusador. En ese mismo

sentido, la Comisión señala que también pudo haberse violado el derecho a recurrir el fallo, pues fue la misma autoridad administrativa la que lo resolvió (Ibídem). A la postre, considera también violada la garantía del plazo razonable y la protección judicial por no haber sido resuelta una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Gustavo Petro hasta la fecha de elaboración del informe, es decir, 7 de agosto de 2018.

Por último, arguye la Comisión que se habría violado el derecho a la igualdad ante la ley y a la protección judicial pues "en el proceso disciplinario el señor Petro argumentó que las acciones iniciadas en su contra habrían tenido una motivación discriminatoria, materializada con la sanción de 9 de diciembre de 2013, (...) se le rechazó cierta prueba ofrecida el 31 de diciembre siguiente, al interponer el recurso de reposición para demostrar esa alegada finalidad encubierta, bajo el argumento de que había precluido el momento procesal para interponer prueba" (CIDH, informe, caso Petro Urrego vs. Colombia, 7 ago 18).

Ahora bien, el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, señala las funciones de la Procuraduría General de la Nación. Entre ellas, tenemos que el numeral 6 de dicho precepto faculta a la entidad para que investigue y sancione de oficio a los funcionarios públicos, inclusive a los electos por voto popular.

En comparación con el artículo inmediatamente citado y el informe presentado por la Comisión, salta a simple vista que a la acusación de esta última le asiste la verdad. El artículo 277 constitucional desconoce el precepto 8 de la CADH sobre las garantías judiciales, pues el ente acusador y el ente juzgador se encarnan en una misma institución, y así, queda comprometida su imparcialidad en el transcurso del proceso.

La imparcialidad se ve afectada en el entendido que, en palabras de la Comisión, "en relación con el principio de presunción de inocencia porque la misma autoridad que formuló los cargos disciplinarios fue la que decidió la responsabilidad disciplinaria de la víctima, y ello implicó que la autoridad disciplinaria se formó previamente una idea sobre los hechos y la manera en que estos encuadraban en las causales" (CIDH, Caso No. 13.044, 2018). Efectivamente, la ley 734 de 2002, deja tanto la potestad acusadora como la juzgadora en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. Siendo este el ente interesado en investigar y juzgar las faltas cometidas por los funcionarios públicos, también puede ser el más interesado en llegar a un resultado, tal y como lo plantea la Comisión.

Asimismo, el artículo 8 numeral 2. H, preceptúa el derecho que tiene la persona de recurrir el fallo ante juez o tribunal competente. Este derecho se desconoce abiertamente en este caso, ya que quien resuelve el recurso instaurado por el ex alcalde, es la misma autoridad administrativa, esa misma que investiga y juzga, impidiendo a un superior independiente de esa institución conocer sobre lo alegado por la defensa del señor Petro Urrego.

A la postre, la sanción de índole administrativa es también incompatible con lo establecido en la Convención, pues las personas que ejercen su derecho a ser elegidas solo pueden ser apartadas de su cargo con sentencia de carácter penal. El artículo 23 sobre "los derechos políticos" de la CADH señala "(…) 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, **por juez competente, en proceso penal"**. La Procuraduría General de la Nación es una autoridad administrativa y, como tal, impone sanciones de esa índole, diferentes a las penas impuestas por los jueces de la república, en este caso, jueces de causa penal. Así pues, la actuación de la Procuraduría con base en el artículo 277 de la Constitución, constituye abruptamente un rompimiento de las disposiciones consagradas en la Convención, debido a que esta última señala que solo los jueces penales son competentes para desligar de su cargo a los funcionarios públicos electos popularmente.

Como se puede ver, desvincular, destituir e inhabilitar a un funcionario electo por voto popular, configura una violación sustancial a la CADH, pues la única forma de interponer este tipo de sanciones a un funcionario electo es por medio de proceso penal y con sentencia judicial en firme.

Sobre ello, la Comisión sostiene que

> Dichas sanciones violaron los derechos políticos del señor Petro. Al respecto, recordó que conforme al artículo 23.2 de la Convención Americana, ambas sanciones deben imponerse por una autoridad judicial penal mediante condena en firme. La CIDH consideró que la imposición de sanciones de este tipo por vía administrativa puede afectar el juego democrático, porque es en principio al electorado al que le corresponde determinar la idoneidad de los candidatos mediante el derecho al sufragio pasivo. (CIDH, Caso No. 13.044, 2018).

Ante estas irregularidades entre lo señalado en la Convención y lo estipulado en el artículo 277 de la Constitución Política, se puede asegurar que *Colombia no ha cumplido con las obligaciones*

estudiadas en el acápite IV del presente artículo, que instan a los Estados parte a adecuar su ordenamiento interno con lo establecido por la Convención.

El carácter del bloque de constitucionalidad consagrado en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, no es suficiente para armonizar dichas incompatibilidades, pues a la vista, la Carta otorga facultades sancionatorias de destitución e inhabilidad a un órgano administrativo, cosa que a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, civiles y políticos es inadmisible. Entonces, en los casos en que la entidad administrativa imponga sanciones para apartar del cargo a los funcionarios e inhabilitarlos para ejercer sus derechos políticos, vulnera los mismos. A pesar de haberse seguido un procedimiento preestablecido, la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante el desconocimiento de la Convención, se activa.

Ahora bien, ¿qué esperar del control de convencionalidad que se realizará en la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

El panorama no es alentador. Como ya se vio en la primera parte del presente artículo, la CoIDH tiene precedentes en los que ha instado a los Estados parte a adecuar su ordenamiento jurídico, incluyendo la Constitución. Es el caso de Olomedo Bustos y otros vs. Chile (más conocido como el caso "La Última Tentación de Cristo"), donde el Estado se vio obligado a modificar el artículo 5 de su Constitución, en el cual establecía la religión católica como la profesada por toda la nación. Esta aseveración tuvo que ser modificada porque, según la CoIDH, iba en contra de la libertad de consciencia, libertad de profesar culto, libertad de pensamiento y expresión (arts. 12 y 13 de la CADH) y desarrollo libre de la personalidad de las personas que querían asistir al filme. Fue así como, en sentencia proferida el 5 de febrero de 2001, la Corte ordena a Chile la modificación de su ordenamiento interno para que se adecúe a lo establecido en la CADH por las violaciones antes descritas y el desconocimiento de la obligación adquirida por el Estado en el artículo 2 de la CADH. Otro caso es el de México, en donde la CoIDH ordena al Estado modificar el artículo 57 del Código de Justicia Militar para que se adapte a los instrumentos internacionales de DDHH, instando al Estado condenado a "*adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia*" (CoIDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 nov 10, reparaciones), pues en este caso se violaron derechos como el debido proceso, las garantías judiciales y, por parte del Estado, el artículo 2 de la CADH.

Ambos casos tienen en común, además de las violaciones de DDHH, el desconocimiento de la obligación de adecuación del ordenamiento interno adquirido por el Estado parte en virtud del artículo 2 de la CADH.

Así pues, el panorama de la situación colombiana no es alentador, pues podríamos afirmar que estamos ad-portas de la primera condena por control de convencionalidad realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Corte puede, además de la condena de reparación integral, ordenar al Estado colombiano la adecuación de la Constitución Política a lo establecido por la CADH, pidiendo que sea modificado el artículo 277, pues a la luz de los instrumentos internacionales, la facultad de sanción de destitución de funcionarios públicos por parte de la Procuraduría contraviene el artículo 23.2 de dicho instrumento.

V. Conclusión

Después del estudio que dio lugar a este artículo monográfico, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. El Estado colombiano está incumpliendo con la obligación internacional de adecuación del ordenamiento jurídico interno respecto de lo señalado por la CADH. Dicha obligación está consagrada en el artículo 2 de la Convención.
2. El artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, numeral 6, sobre las facultades del Procurador, contraviene abiertamente las disposiciones de Derechos Humanos de la CADH, en lo pertinente a los derechos políticos (art. 23) y las garantías judiciales (art. 25).
3. Por ese incumplimiento, la probabilidad de condena del fallo de la CoIDH, en ejercicio por primera vez del control de convencionalidad para Colombia, es muy alta. Posiblemente la condena inste al Estado colombiano a modificar su ordenamiento en pro de las garantías judiciales para los funcionarios públicos electos por voto popular.
4. La Corte Constitucional se equivoca al sostener que no es juez de convencionalidad. Si bien es una postura correcta y ajustada a derecho por las facultades que le son otorgadas por la Constitución, la corporación puede ir más allá y ejercer, de forma *ex officio*, el control de convencionalidad cuando lo crea pertinente.
5. El control de convencionalidad debería ser ejercido por todos los operadores jurídicos colombianos, sean jueces, funcionarios públicos, etc.

Referencias

Doctrina

Castilla, K, (2014). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. En Rev. Derecho del Estado No. 33. Bogotá (Colombia), 149-172.

Castilla, K, (2011). El Control de Convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. Publicado en el Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. XI, UNAM IIJ, 2011, 593-624.

Ibáñez Rivas, J, (2017). Control de Convencionalidad. Publicado en Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia. Núm. 1. UNAM IIJ, 2017.

Quinche, M. (2017). El control de convencionalidad. Editorial Temis (3 ed). Colombia.

Quinche, M (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Núm. 12, 2009, 163-190

Rincón, T. (2010). Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional. Editorial Universidad El Rosario. Colombia.

Ramos, A. (2016). Curso de direitos humanos. Ed. Ver., atual. E ampl (3 ed). Brasil.

García, S. (2011). Revista del Instituto de ciencias jurídica de puebla: IUS. Puebla (México), 123-159.

Suárez, I. (2016). Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano. Editorial Universidad de la Sabana (1 ed). Bogotá (Colombia)

Instrumentos internacionales

Convención Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2017.

Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

Sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos

CoIDH, caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 15 nov 03.

CoIDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 sept 2006

CoIDH, caso La Cantuta vs. Perú, 26 nov 06

CoIDH, caso García y Montiel vs. México, 26 nov 10

CoIDH, caso Gelman vs. Uruguay, 24 feb 11

CoIDH, caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 28 ago 14

CoIDH, caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala, 20 nov 12

CoIDH, caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, 30 ene 18

CoIDH, caso Godinez Cruz vs. Honduras, 20 ene 89

Sentencias nacionales

Corte Constitucional. Sentencia T-280ª de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. MP. Manuel Cepeda Espinosa.

Otros documentos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de caso Gustavo Petro Urrego vs. Colombia. Resolución No. 13.044., del 7 de agosto de 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de admisibilidad No. 60/16, petición 1742-13. Caso Gustavo Petro Urrego vs. Colombia. Doc. 69., del 6 de diciembre 2016.

Procuraduría General de la Nación. Sala disciplinaria. IUS 2012-447489. IUC D 2013-661-576188. P.D. Juan Carlos Novoa Buendía. 9 de diciembre de 2013.