



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Nogueira Alcalá, Humberto

INFORME PERICIAL CASO LÓPEZ MENDOZA VS. VENEZUELA DE DR. HUMBERTO NOGUEIRA
ALCALÁ

Estudios Constitucionales, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 339-362

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82019098012>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

INFORME PERICIAL CASO LÓPEZ MENDOZA VS. VENEZUELA DE DR. HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

DR. HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ (¹)

Por resolución de 23 de diciembre de 2010 del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Diego García-Sayan, comunicada por medio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha solicitado que emita un peritaje o informe en el *caso López Mendoza vs. Venezuela*, sobre los siguientes puntos:

1. Los límites permisibles y el alcance de los derechos políticos a la luz de los estándares interamericanos e internacionales, y
2. La compatibilidad del proceso administrativo ejercido por la Contraloría General de la República de Venezuela para imponer inhabilidades públicas a la luz de los derechos consagrados en la Convención Americana.

1. LOS LÍMITES PERMISIBLES Y EL ALCANCE DE LOS DERECHOS POLÍTICOS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS E INTERNACIONALES.

1.1. *Los derechos políticos y su alcance a la luz de los estándares interamericanos.*

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina:

- “1. *Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*
a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

^¹ El informante es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (1976). Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica (1983). Diplomado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Director del Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Talca, Campus Santiago, Chile.

Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, Holanda.

b. de 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

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

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”.

El artículo 23 de la Convención Americana asegura el goce y protege la participación política de los ciudadanos a través del derecho de sufragio activo y pasivo en su numeral 1, literal b): El primero es aquel que posibilita ejercer el sufragio tanto para elegir autoridades políticas, como asimismo, para decidir mediante plebiscito o referéndum, diversas materias que surjan de la decisión de las autoridades políticas o de los ciudadanos, según las regulaciones específicas contempladas en el ordenamiento jurídico de cada Estado Parte. El sufragio pasivo es aquel que posibilita postularse para un cargo de elección popular, dentro del marco de una regulación electoral adecuada sin exclusiones arbitrarias o discriminatorias, pudiendo ejercer dichas funciones públicas si obtienen el número de votos necesario para ello. Ambos derechos, al considerarlos derechos inherentes a las personas, sólo pueden ser sujetos a limitaciones expresamente establecidas en el inciso 2 del artículo 23 en análisis.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicitado en el caso Castañeda Gutman, que:

“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”².

A su vez, en el párrafo 143 del mismo caso, la Corte precisa:

“La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”.

² Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184, párrafo 140.

Finalmente, la Corte, en el párrafo 145, del mismo caso Castañeda, determina que los derechos políticos, como precisa la Convención Americana de Derechos Humanos, implica para los Estados Partes *garantizar las oportunidades*, a través de medidas jurídicas y procedimientos adecuados para que todos los ciudadanos tengan la facultad de ejercer los derechos políticos:

“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 sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señala este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”.

Esta obligación del Estado Parte de la Convención de garantizar a través de medidas jurídico positivas la oportunidad real y efectiva de ejercer los derechos políticos, entre ellos el derecho a ser elegido o sufragio pasivo a todos los ciudadanos, constituye una consecuencia del artículo 1.1 de la Convención Americana que establece el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción, como asimismo, de la obligación general emanada del artículo 2º de la Convención, de adoptar medidas en el derecho interno para efectivizar los derechos, si ellos no están suficientemente garantizados, a través de “medidas legislativas o de otro carácter”, que en el plano jurídico van desde la reforma constitucional a la adopción de medidas legislativas y administrativas, como asimismo involucra a todos los órganos del Estado dentro de su respectiva esfera de competencias, de lo contrario, el Estado Parte incurre en violación del derecho internacional en materia de derechos humanos, asumiendo su responsabilidad internacional.

El párrafo 1 del artículo 23 de la Convención reconoce a todos los ciudadanos de los Estados Partes los derechos: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de 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 c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Los derechos políticos son derechos que requieren para adquirir eficacia de una regulación normativa, la que el Estado Parte se encuentra obligado a implementar, sin lo cual no es posible asegurar su ejercicio a toda persona que tenga el carácter

de ciudadano y forme parte del cuerpo político de la sociedad. Tal normativa jurídico positiva debe desarrollarse dentro del marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en el artículo 23, respetando los atributos y garantías de los derechos políticos que en ella se establecen, lo que deja un margen limitado de apreciación a los Estados Partes.

1.2. Los límites o restricciones permisibles a los derechos políticos de acuerdo a los estándares interamericanos.

La Convención Americana, en su artículo 30, establece los requisitos generales que deben necesariamente cumplirse, para que los Estados partes puedan establecer restricciones al ejercicio de los derechos asegurados por la Convención:

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Dicha disposición autoriza a los Estados Partes para establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, dentro del marco convencional, específicamente autorizadas por la misma Convención y en las condiciones particulares que ella establece.

1.2.1. Las restricciones deben estar establecidas por ley

De acuerdo con la Convención en su artículo 30, *las restricciones al ejercicio de derechos sólo puede concretarse por ley*, entendiendo por tal, un precepto jurídico de carácter general, emanado del órgano parlamento o Congreso, según se le denomine en cada Estado Parte, el cual es expresión de la voluntad ciudadana, elegido en elecciones democráticas, pluralistas, competitivas y auténticas, de acuerdo a los procedimientos determinados en la respectiva Constitución del Estado Parte. *La ley es, por tanto, ley en sentido formal y en sentido material*³.

1.2.2. Las limitaciones o restricciones deben perseguir un fin legítimo y regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El segundo límite para establecer algún tipo de restricción a un derecho contenido en la Convención Americana dice relación con *la finalidad de la medida*

³ Ver CIDH. Opinión Consultiva N° 6 OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, supra nota 49, párrafos. 27 y 32.

restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción *sea de aquellas permitidas por la Convención Americana*, previstas en las normas que establecen finalidades generales legítimas como son “*los derechos y libertades de las demás personas*”, o “*las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”, ambas previstas expresamente en el artículo 32.

La Corte Interamericana, ha determinado el sentido y alcance convencional de los conceptos de orden público y de bien común, tempranamente en su Opinión Consultiva N° 5/85. Así ha establecido que debe entenderse por orden público “*las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público*”⁴.

A su vez, ha establecido que el concepto de bien común, dentro del contexto de la Convención, “*se refiere a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana*”⁵.

Asimismo, en la misma Opinión Consultiva N° 5/85, la Corte Interamericana ha precisado que los bienes jurídicos aludidos y considerados no pueden suprimir un derecho humano ni privarlo de sus atributos o contenido, asumiendo la perspectiva de un contenido esencial o de cada derecho, que no puede ser desconocido: “*(...)A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención*”⁶.

Es necesario tener presente que el artículo 23 sobre derechos políticos de la Convención Americana tiene disposiciones específicas, que dentro del marco general del artículo 30, especifica las limitaciones o restricciones de que pueden ser

⁴ Ver CIDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Opinión Consultiva N° 5, párrafo 64.

⁵ Ver CIDH. Opinión Consultiva N° 5/85, párrafo 66.

⁶ Ver CIDH. Opinión Consultiva N° 5/85, párrafo 67.

objeto los atributos que integran los derechos políticos, en este caso, el derecho a ser elegido en cargos públicos de elección popular. Estas últimas, de acuerdo a una interpretación sistemática de las disposiciones de la Convención, deben entenderse que cumplen con los requisitos establecidos en forma general en el artículo 30, constituyendo una explicitación del primero en la esfera de un derecho específico, con una determinación en el ámbito de este último derecho de aquellas restricciones posibles que son conforme al bien común, en una sociedad democrática.

El párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana establece que la ley puede reglamentar, estableciendo limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos y las oportunidades a tales derechos, *exclusivamente en razón de la “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”*. Dicha disposición busca impedir que las autoridades del Estado Parte, utilicen sus atribuciones específicas en el plano administrativo para discriminar a los ciudadanos y, a través de actos de abusos de poder o de desviación de poder, limiten o restrinjan los atributos que integran los derechos políticos.

Cada Estado Parte de la Convención puede regular el ejercicio de los derechos políticos, de acuerdo al marco y estándar mínimo fijado en materia de derechos en general por el artículo 30 y en el caso específico de los derechos políticos en el artículo 23.2 de la Convención Americana, el que determina que tales derechos pueden ser regulados por la ley, pudiendo ser restringidos o limitados, en los casos que ella autoriza expresamente. Estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos o para restringirlos, siendo ellos los criterios comunes en las legislaciones electorales nacionales de los Estados Partes, siempre que ellos sean razonables y proporcionales.

Una restricción de los derechos políticos en forma temporal, en uno de sus atributos esenciales, como es el derecho a ser elegido para cargos públicos de elección popular, constituye una inhabilitación para ser candidato a un cargo de elección popular, lo que tiene una naturaleza de sanción penal, que afecta también los derechos del cuerpo político de la sociedad para elegir libremente entre los ciudadanos a quienes ejercerán las magistraturas electivas públicas, derechos que sólo pueden ser restringidos, una vez asegurados convencional y constitucionalmente, solamente o únicamente por un tribunal penal, como lo determina la Convención Americana en su artículo 23.2, el derecho a ser elegido solo puede ser afectado “exclusivamente por [...] condena, por un juez competente, en proceso penal”, con todas las garantías del debido proceso penal, como lo exige el artículo 8º de la Convención.

La Convención Americana establece así lineamientos generales que determinan un contenido esencial de los derechos políticos y permite a los Estados que

dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades políticas, sociales y culturales, las que varían de sociedad en sociedad, e incluso en una misma sociedad, en forma diacrónica⁷.

1.2.3. Las limitaciones o restricciones a los derechos deben ser estrictamente necesarios en una sociedad democrática.

Una tercera dimensión de análisis que limita las posibles restricciones a los derechos en general, como asimismo a los derechos políticos en particular es, si tal limitación o restricción del derecho *es necesaria en una sociedad democrática*, conforme al artículo 32.2 de la Convención.

La pauta hermenéutica de la *necesidad en una sociedad democrática* ha sido incorporada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos⁸.

Para evaluar si se cumple con tal postulado o principio se debe analizar si el requisito que restringe temporalmente el ejercicio del derecho a ser elegido en el caso en análisis satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo⁹.

1.2.4 Las limitaciones o restricciones a los derechos deben ajustarse al principio de proporcionalidad.

Este principio es inherente al Estado de Derecho, pudiendo ser considerada un principio constitucional implícito que se desprende del derecho al debido proceso sustantivo y del derecho a la igualdad ante la ley en el Estado Constitucional Democrático.

El *principio o postulado de proporcionalidad* en su sentido amplio es llamado también *principio de prohibición de exceso*. Este principio es aplicable en el ámbito del control jurisdiccional de los preceptos legales, estableciendo un control de adecuación de los actos legislativos a los fines explícitos o implícitos de una Constitución o de un tratado o convención internacional o supranacional en materia de derechos humanos, estableciendo un principio jurídico material de *justa medida*.

⁷ Ver CIDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, párrafo 166.

⁸ Ver CIDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, supra nota 49, párrafos 206 y ss.

⁹ Ver CIDH, Caso Castañeda Gutman, párrafo 186.

El principio de proporcionalidad instituye una relación de fin a medio, como asimismo de utilidad de un acto, confrontando el fin de una intervención de la autoridad con los efectos de ésta, posibilitando un control de exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedad del poder estatal; sin perjuicio de constituir un principio de interpretación en que se apoya el operador jurídico, en especial el juez, cuando necesita resolver problemas de compatibilidad o de conformidad en la tarea de concretización de las normas constitucionales o convencionales en relación con las normas legales y administrativas.

El principio de proporcionalidad constituye una técnica aplicable especialmente a la intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. Constituye un parámetro de control cada vez que con objeto de optimizar un bien colectivo, el legislador limita o restringe un derecho fundamental.

Para concretar el examen de proporcionalidad deben utilizarse los tres subprincipios o conceptos parciales, el de adecuación o idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

a) El principio o examen de adecuación o conformidad de los medios a los fines.

Los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados en virtud de un bien protegido o de relevancia convencional o constitucional en su caso, no pudiendo ser limitados por bienes o intereses infraconstitucionales en el caso de un control de constitucionalidad o bienes o intereses no establecidos convencionalmente en el control internacional por una Corte de Derechos Humanos. La norma jurídica objeto de control podrá perseguir uno o más fines legítimos, excluyendo cualquier medio que no sea conducente al fin perseguido.

La finalidad debe ser la más concreta posible no pudiendo justificarse en bienes indeterminados o de dudoso anclaje constitucional o convencional en su caso.

Así cualquier norma jurídica restrictiva debe ser idónea a la finalidad constitucional o convencional que se busca concretar, si la norma contraviene fines o valores expresos o implícitos en el texto convencional o constitucional en su caso, será ilegítima, ya sea por ser contraria a la convención o la Constitución en su caso.

b) El principio o examen de necesidad o de intervención mínima.

De acuerdo a este subprincipio debe analizarse si la norma restrictiva del derecho fundamental es una medida indispensable, no existiendo otra medida alternativa a la considerada que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad legítima y sea menos restrictiva de o de los derechos fundamentales afectados.

El sub principio de necesidad exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho o bien jurídico y no sea posible de ser substituida por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa. En el fondo se exige que la norma jurídica emanada del legislador sea imprescindible para asegurar la

vigencia o ejercicio de un derecho o bien jurídico convencional o constitucional en su caso, debiendo restringir otro en el menor grado posible cuando no existe otra alternativa posible, escogiendo siempre el mal menor, el medio menos restrictivo, todo ello sin afectar el contenido esencial del o de los derechos protegidos.

En este ámbito se establecen estándares más rigurosos para su operacionalidad práctica, ellos son:

- i) *una necesidad material*, el medio debe ser el que afecte menos los derechos fundamentales.
- ii) *La exigibilidad espacial*, el medio debe ser aquel que establezca el menor ámbito de limitación de los derechos;
- iii) *La exigibilidad temporal*, supone la delimitación más rigurosa del tiempo de aplicación de la medida que afecta los derechos;
- iv) *La exigibilidad personal* debe limitarse en la medida de lo posible a las personas que sean afectadas en sus derechos.

El juez competente debe considerar que entre más sensible sea el perjuicio que se cause al ejercicio de un derecho fundamental, más fuertes deberán ser los intereses de la comunidad que determinan la restricción normativa del ejercicio de uno o más derechos fundamentales.

c) El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*.

Este examen de proporcionalidad en sentido estricto analiza si la limitación o restricción producida al o a los derechos fundamentales constituye una medida equilibrada y justa entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el o los derechos fundamentales afectados. Se trata de un análisis ponderativo, se ponen en la balanza, las ventajas e inconvenientes que se producirían para aquellas personas afectadas en el ejercicio de sus derechos fundamentales y para el bien público. Cuanto más grave o pesada sea la intervención en los derechos fundamentales de las personas afectadas, debe existir una más intensa justificación del interés público afectado. El beneficio obtenido con la intervención del o de los derechos fundamentales debe ser proporcional a la carga impuesta a ellos, debiendo existir siempre una justa medida, impidiendo medidas jurídicas desproporcionadas que afecten los derechos en relación con los fines.

En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el discernimiento debe realizarse identificando, en primer lugar, los principios, bienes jurídicos y derechos fundamentales que se presentan en eventual conflicto; luego, en segundo lugar, atribuyendo una valoración específica y un peso a cada uno de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto, considerando las circunstancias del caso concreto, argumentando sobre el grado de cumplimiento del principio

y el grado de compromiso o perjuicio para el derecho o bien contrario para cada una de las eventuales soluciones del conflicto; en tercer y último lugar, se adopta la decisión de prevalencia de acuerdo con el criterio de “cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios o derechos mayor debe ser la importancia del cumplimiento de su contrario”¹⁰.

Este subprincipio implica ponderar los daños que se causan con la adopción de la medida versus los resultados positivos para el bien común en una sociedad democrática que serán alcanzados por la norma jurídica que lo afecta.

La gradación del escrutinio del principio de proporcionalidad obliga así a un análisis de la legitimidad del objetivo que persigue la norma jurídica que limita o restringe el derecho, la idoneidad de la medida que establece la diferenciación para alcanzar la finalidad legítima de acuerdo al parámetro de control, la consideración de si dicho objetivo podría ser alcanzado por un medio igualmente idóneo o más idóneo que no implicara la diferenciación (principio de necesidad), como asimismo, que la legitimidad de las diferenciaciones depende de la relación existente entre la intensidad en que se alcanza el objetivo de la medida y la intensidades que se afecta el o los derechos fundamentales afectados (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

Es necesario precisar que el principio de proporcionalidad opera con la *técnica de la aplicación escalonada*. Ello implica que, en primer lugar, debe examinarse si una medida persigue un fin convencionalmente legítimo, sólo cuando ello ocurre se analizará si dicha medida constituye un medio adecuado para obtener el fin perseguido. Si la medida no persigue un fin convencionalmente legítimo no es necesario seguir el análisis, ya que la medida por ese solo hecho es contraria a la Convención. En el caso de que el fin sea legítimo, se analiza si la medida adoptada es adecuada y conducente para lograr el fin convencionalmente legítimo, sólo si se considera que dicha medida lo es, se pasará al tercer escalón de análisis; si la medida no es adecuada al fin, se concluye el análisis y se determina la ilegitimidad de ella. Sólo si la medida es considerada adecuada a la obtención del fin constitucionalmente legítimo se pasa al siguiente escalón de análisis, evaluando si dicha medida es la que menos daña el ejercicio de los derechos en vista del objetivo perseguido, estableciendo una adecuada proporcionalidad entre beneficio y daño. Si existen otras medidas alternativas que permitan alcanzar el mismo objetivo con menor intensidad de restricción de derechos, en tal caso la medida será ilegítima. Finalmente, se determina si las limitaciones o restricciones que se establecen y afectan los derechos fundamentales contribuyen al bien común de una sociedad democrática y si ellas no afectan el contenido esencial de los derechos humanos.

¹⁰ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*, 2004, p. 383.

Es necesario especificar que el principio de proporcionalidad suele aplicarse con diferentes intensidades, materia que en la doctrina alemana ha tratado R. Alexy¹¹, que debe tener en consideración “la seguridad que ofrezcan las premisas empíricas analíticas y normativas relevantes, y de acuerdo con la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental objeto de consideración¹². Esta perspectiva ha sido desarrollada y precisada, entre otros autores, por Laura Clérigo¹³.

Tal perspectiva implica que para realizar la ponderación final debe tenerse presente:

- a) el grado de afectación de uno de los derechos en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación es leve, media o grave;
- b) la importancia de la satisfacción del derecho o bien contrario; y
- c) si la satisfacción de uno de ellos justifica la restricción del otro.

1.3. La aplicación del principio de proporcionalidad por los tribunales internacionales.

En la materia es bastante conocida la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir del caso *Handyside*¹⁴, como asimismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir del caso *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁵ donde el principio de proporcionalidad es un parámetro de control para analizar la legitimidad de cualquier restricción normativa de los derechos fundamentales¹⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza el principio de proporcionalidad regularmente para analizar las limitaciones por el derecho interno del Estado Parte a los derechos fundamentales, a manera ejemplar pueden señalarse sus Opiniones Consultivas Nº 5¹⁷ y Nº 9¹⁸, como asimismo más recientemente

¹¹ ALEXY, R. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 66, Madrid, ED Centro de Estudios Constitucionales.

¹² BERNAL PULIDO, Carlos (2005), p. 265.

¹³ CLÉRICO, Laura (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, Ed. Universidad de Buenos Aires y EUDEBA, 2009.

¹⁴ Sentencia de fecha 16 de diciembre de 1976.

¹⁵ Sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, Rep. 70, 1125.

¹⁶ FASSBENDER, B. 1998. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de derecho público* Nº 5.

¹⁷ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A Nº 5.

¹⁸ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A Nº 9.

los casos contenciosos Herrera Ulloa vs. Costa Rica¹⁹, Kimel vs. Argentina²⁰, Castañeda Gutman vs. México²¹, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela²².

2. La compatibilidad del proceso administrativo ejercido por la Contraloría General de la República de Venezuela para imponer inhabilidades públicas a la luz de los derechos consagrados en la Convención Americana.

2.1. Antecedentes.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con su artículo 287, determina que la Contraloría General de la República tiene a su cargo “el control, la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a lo mismo”, goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y su actuación va dirigida a ejercer funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a control. A los fines de alcanzar el cumplimiento de las competencias que la Constitución le asigna a la Contraloría, la Asamblea Nacional aprobó la LOCGRSNCF²³ que regula todo lo relativo a su organización y funcionamiento y su potestad sancionatoria.

En el artículo 105 de la LOCGRSNCF se establece que la declaratoria de responsabilidad administrativa será sancionada con la multa prevista en el artículo 94 de la Ley, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados siguiendo lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes del Reglamento de la Ley [...]; y el Contralor impondrá la sanción de suspensión sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable en atención a la entidad del ilícito cometido; y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta un máximo de quince (15) años atendiendo a la gravedad de la irregularidad.

Dentro del ámbito de sus funciones, en el año 2004, la Contraloría inició dos procedimientos administrativos para la determinación de responsabilidades del señor Leopoldo López Mendoza, entre otras personas, conforme al artículo

¹⁹ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107.

²⁰ CIDH, Caso Kimel vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C N° 177.

²¹ Corte IDH. Caso Castafieda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184.

²² Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C N° 207.

²³ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347, 17 de diciembre de 2001.

96 de la LOCGRSNCF. Como consecuencia de estas dos investigaciones, dicha entidad administrativa encargada del control de la gestión fiscal, le impuso al señor López Mendoza dos sanciones administrativas de multa, para más tarde aplicar una sanción accesoria que lo inhabilitan para el ejercicio de nuevos cargos públicos por los períodos de 3 y 6 años respectivamente.

El caso a través del procedimiento recursivo llegó hasta la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el cual se refirió a los alegatos sobre violaciones al debido proceso en la fase de investigación y sobre el proceso que resultó en la determinación de responsabilidad administrativa del señor López Mendoza entre otros, el cual razonó de la siguiente forma:

[...] para la determinación de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos la [LCGRSNCF...] establece dos fases: i) la primera, correspondiente al ejercicio de las funciones de control y potestad investigativa de la Contraloría, y ii) la segunda, atinente al procedimiento administrativo para la determinación de la responsabilidad administrativa.

En la primera fase del procedimiento, el Órgano de Control Fiscal se encuentra obligado a notificar a los funcionarios interesados en la investigación, los hechos que podrían comprometer su responsabilidad [conforme con los artículos 77 y 79 de la referida ley].

La segunda fase se orienta a la determinación de la responsabilidad administrativa del funcionario y se encuentra prevista en los artículos 97 y siguientes de la [LOCGRSNCF].

De acuerdo a este procedimiento, cuando existan elementos de convicción o prueba que pudieran dar lugar a responsabilidades administrativas, La Contraloría general de la República ordenara su inicio mediante auto motivado, identificando a los sujetos presuntamente responsables u ordenando su notificación (artículo 98).

[...]

Conforme con lo expuesto, aprecia esta Sala que el procedimiento establecido en la [LOCGRSNCF] fue cumplido plenamente por el Órgano Contralor, pues los interesados fueron notificados de los hechos que motivaron el ejercicio de la potestad investigativa así como de los hechos que dentro de la investigación conllevaron al inicio del procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa.

En relación a la denuncia formulada de violaciones a la garantía al debido proceso relacionada con el derecho a la defensa por la aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, la Sala sostuvo que dicha norma:

[...] permite a la máxima Autoridad Controladora, acordar sanciones “sin que medie ningún otro procedimiento” y “en atención a la entidad del ilícito cometido”

(...)

[S]e observa que la imposición de las sanciones previstas en el artículo 105 de la [LOCGRS-NCF] a [...] Leopoldo López Mendoza es consecuencia del resultado de la investigación administrativa realizada por la Contraloría General de la República.

Así, una vez determinadas las irregularidades cometidas, la participación del máximo jerarca del Órgano Contralor se circunscribió a ponderar esas irregularidades “...atendiendo a [su] gravedad...”, a los fines de imponer la sanción correspondiente, sin necesidad de iniciar otro procedimiento administrativo, como lo dispone la referida norma.

[...]

Por lo anterior, concluye este Alto Tribunal que en el caso bajo estudio, la sanción de inhabilitación de los accionantes fue consecuencia del procedimiento que culminó en la declaratoria de su responsabilidad administrativa, motivo por el cual no se configuró la violación a los derechos a la defensa y al debido proceso denunciada por la parte recurrente y, así se declara²⁴.

Respecto de los argumentos relacionados con la trasgresión de los derechos políticos y la contrariedad de la norma impugnada con los artículos 42 y 65 Constitucionales, la Sala Constitucional ésta hizo una distinción entre la suspensión de los derechos políticos y la inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas al decir,

[...]La cualidad de ciudadano da lugar al derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, mediante el reconocimiento de actividades destinadas a facilitar su intervención en forma democrática, a saber: el sufragio (tanto activo como pasivo), los plebiscitos, referendos, la consulta popular, [...] etcétera.

Es de advertir que la sentencia penal a la que aluden los artículos 42 y 65 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela suspende el ejercicio de los derechos políticos, la impuesta en cambio por el Contralor General de la República inhabilita para el ejercicio de funciones públicas [...] Es decir, que como consecuencia de la inhabilitación se restringe la aptitud para ser funcionario público [...] debiéndose recalcar que es cualquier funcionario público, incluso los de elección popular, de modo tal que el sancionado no puede ser funcionario, y por conexión tampoco gobernante.

Con base en esta distinción, y entendido que son dos inhabilitaciones diferentes que dimanan de varios preceptos constitucionales, cuales son los artículos 42, 65 y 289.3, corresponde a los órganos de la Administración Pública no permitir el ejercicio de cargos públicos a ciudadanos sancionados, es decir no designarlos o no permitir su concurso; y al Poder Electoral velar porque no se fragüe un fraude a los electores permitiendo su postulación, el concurso y la elección de un ciudadano que está impedido para ejercer las funciones administrativas insitas a las funciones de gobierno.

²⁴ Sala Político Administrativa del TSJ, Decisión de 5 de agosto de 2008.

[...].

El 11 de agosto de 2008, el ciudadano Leopoldo López Mendoza presentó formalmente su postulación para el cargo de Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas ante la oficina de la Junta Electoral para el Distrito Metropolitano de Caracas donde se le impidió registrarse por encontrarse inhabilitado para ejercer la función pública.

2.2. Consideraciones jurídicas de las normas jurídicas y decisiones de la autoridad administrativa y jurisdiccional venezolana a la luz de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos respecto de la imposición de restricciones al derecho político de postularse a cargos públicos –sufragio pasivo– a presentarse para un cargo de elección popular, en virtud de la aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCE.

2.2.1. Consideraciones preliminares.

El Estado venezolano al suscribir y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el ejercicio de su soberanía, se comprometió a respetar, asegurar, garantizar y promover los derechos humanos contenidos en ella, de acuerdo al artículo 1º de la misma, como asimismo, de acuerdo al artículo 2º, se comprometió a adecuar su ordenamiento jurídico a las obligaciones que emanen de la convención a través de medidas legislativas o de otro carácter, entre estas últimas se incluyen las medidas administrativas, las resoluciones judiciales, todo ello dentro del ámbito de competencia de cada órgano estatal.

En este ámbito, en base a los artículos 1º y 2º de la Convención, la Corte ha especificado la obligación de los jueces nacionales de realizar un *control de convencionalidad*, expresamente determinado en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile*:

124. 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. (Subrayado añadido)

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”.²⁵ Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”²⁶

El precedente Almonacid fue reiterado con ciertos agregados, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*²⁷. En dicho fallo se invoca el criterio establecido en el *Caso Almonacid Arellano* sobre “control de convencionalidad” estableciendo dos aspectos centrales del mismo: (a) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten, y (b) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

El control de convencionalidad ha sido luego reiteradamente sostenido por la Corte en los siguientes casos: *La Cantuta vs. Perú* (2006);²⁸ *Boyce y otros vs. Barbados* (2007);²⁹ *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);³⁰ *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);³¹ *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010);³² *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);³³

²⁵ Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A Nº 14, párr. 35.

²⁶ *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154, párrafos. 124 a 125

²⁷ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C Nº 158,

²⁸ *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C Nº 162, párr. 173.

²⁹ *Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C Nº 169, párr. 79.

³⁰ *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C Nº 186, párr. 180.

³¹ *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C Nº 209, párr. 339.

³² *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C Nº 213, párr. 208, nota 307.

³³ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C Nº 214, párr. 311.

Fernández Ortega y Otros vs. México (2010);³⁴ Rosendo Cantú y Otra vs. México (2010);³⁵ Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010);³⁶ Vélez Loor vs. Panamá (2010);³⁷ Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010),³⁸ y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010).³⁹

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados determina que los Estados Partes en una Convención no pueden invocar el derecho interno para poner obstáculos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales⁴⁰. La Corte Interamericana ha señalado en reiteradas oportunidades que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyos principios se encuentran reflejados en la Convención Americana, codifica un principio básico del derecho internacional consuetudinario al establecer que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.[...], ya que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)”. Dicha norma convencional al ser ratificada e incorporada al ordenamiento jurídico de cada Estado Parte, constituye una norma de derecho interno de aplicación preferente frente a las demás normas internas, sin que el Estado pueda obviarla ni modificarla o desconocerla, para lo cual debe recurrir a las normas del propio tratado o a las reglas generales del derecho internacional, por lo cual su aplicación es obligatoria por los órganos jurisdiccionales nacionales, sin por ello dejar de ser norma internacional y generar la consiguiente responsabilidad internacional del Estado por su prescindencia o desconocimiento.

La Corte ha señalado con claridad, al mismo tiempo, la naturaleza inédita de los tratados de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinando que “*al aprobar estos tratados sobre de-*

³⁴ Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Nº 215, párr. 234.

³⁵ Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C Nº 216, párr. 219.

³⁶ Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C Nº 217, párr. 202.

³⁷ Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C Nº 218, párr. 287.

³⁸ Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C Nº 219, párr. 106.

³⁹ CIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C Nº 220 *supra* nota 1, párr. 225.

⁴⁰ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

rechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”⁴¹.

Los Estados Partes que han reconocido la jurisdicción contenciosa vinculante de la Corte Interamericana están conscientes que sus sentencias constituyen decisiones jurisdiccionales que no son susceptibles de recursos y constituyen obligaciones de resultado que el Estado parte debe cumplir a través de todos los órganos estatales, cada uno de acuerdo a su competencia, determinada en el respectivo orden constitucional.

La propia Corte Interamericano se ha referido en la materia a través de diversos precedentes, entre los cuales puede señalarse el caso Castillo Petrucci vs. Perú:

“[...] la Corte debe recordar que el Perú suscribió y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, aceptó las obligaciones convencionales consagradas en ésta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. No sobra decir que el Perú, al igual que los demás Estados Parte en la Convención, aceptó ésta precisamente en el ejercicio de su soberanía. [...] Al constituirse como Estado Parte en la Convención, el Perú admitió la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y por ende se obligó, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que derivan de éstos y, en general, de la aplicación de la Convención”⁴².

2.2.2. La compatibilidad del orden jurídico venezolano y de las decisiones de sus autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia de restricción de los atributos de los derechos políticos, en este caso, del derecho a ser elegido en cargos públicos de elección popular.

El Artículo 23 de la Convención Americana establece:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
(...)
b. de 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
(...)
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.*

⁴¹ Corte I.D.H., El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2.

⁴² CIDH, *Caso Castillo Petrucci y otros, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C N° 41, párrafos 101 y 102.

Los derechos políticos constituyen una parte esencial de los derechos humanos y del sistema democrático constitucional, sin cuyo efectivo y real ejercicio este último se vería afectado sustancialmente o desaparecería. Como ya se ha establecido los derechos políticos son derechos humanos “de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con un conjunto de otros derechos que hacen posible el juego democrático”⁴³.

Ello obliga a evaluar las restricciones o limitaciones de los atributos que integran los derechos políticos, en este caso, el derecho a ser elegido en cargos de elección popular sujeto a un estricto escrutinio de proporcionalidad.

Estas restricciones o limitaciones a los atributos básicos o esenciales que integran los derechos políticos sólo pueden concretarse en base a un bien jurídico legítimo en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyos aspectos generales están considerados en el artículo 30 de ella como lo hemos analizado en el punto 1.2.2. de este informe, que establece el marco genérico dentro del cual se establecen luego las restricciones o limitaciones permisibles a los derechos políticos, o a cualquiera de los atributos básicos o esenciales de éstos, como es el caso del sufragio pasivo o del derecho a ser elegido en cargos de elección popular, las cuales están precisadas en el artículo 23.2 de la Convención.

Sin lugar a dudas la transparencia y probidad en el ejercicio de las funciones públicas es importante para el fortalecimiento de las democracias y la participación informada de los ciudadanos en la construcción de la misma. Prácticamente todos los ordenamientos jurídicos regionales tienen normas legales que buscan cautelar dichos bienes jurídicos y procedimientos administrativos que establecen sanciones administrativas para quienes las incumplen o vulneran, todo ello de acuerdo a sus ordenamientos constitucionales y legales, dentro del marco de las obligaciones convencionales. Asimismo, los ordenamientos jurídicos contemplan la eventualidad de suspensión de uno o más atributos que integran los derechos políticos, entre éstos el derecho a ser elegido, cuando se cometan delitos que se encuentran suficientemente tipificados y determinados legalmente, a través de un proceso penal con todas las garantías del debido proceso penal, contenidas en el artículo 8 de la Convención.

Lo que un Estado Parte de la Convención Americana no puede contemplar en su ordenamiento jurídico es la afectación de los atributos básicos o esenciales que integran los derechos políticos asegurados y garantizados convencionalmente, como es el derecho de sufragio pasivo, generando una inhabilidad sobreviviente, a través de un procedimiento y resolución de un órgano administrativo como es la Contraloría en el caso de Venezuela, la cual puede imponer sanciones administra-

⁴³ CIDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184.

tivas, pero no puede imponer privación de atributos de derechos políticos como es el derecho a ser elegido, ya que el artículo 23.2 de la Convención determina que ello sólo puede ser determinado por un tribunal de justicia en materia penal con todas las garantías del debido proceso: “*condena, por juez competente, en proceso penal*”.

Si se aplica asimismo el principio de proporcionalidad al caso en análisis, puede sostenerse que en relación a si la norma aplicada responde a un fin legítimo, puede sostenerse que la medida restrictiva del ejercicio del sufragio pasivo mediante la sanción de inhabilidad temporal para ser elegido sirve a una finalidad legítima de acuerdo con la Convención que puede asumir un Estado Parte como es el bien jurídico de respeto a la transparencia y probidad administrativa de los funcionarios públicos, sin que pueda sostenerse que dichos bienes jurídicos no sean válidos para establecer limitaciones a los responsables de conductas que atenten contra dichos bienes y se encuentran ejerciendo funciones públicas.

Respecto de la idoneidad o adecuación de la sanción administrativa impuesta por la Contraloría dentro del marco de la Convención Americana para establecer restricciones al ejercicio de atributos esenciales que integran los derechos políticos, como es el caso de la inhabilitación sobreviviente para ejercer el derecho de sufragio pasivo deben realizarse las siguientes consideraciones.

La Contraloría puede, en ejercicio legítimo de sus competencias, imponer sanciones administrativas, luego de un proceso administrativo, con la finalidad de resguardar la probidad administrativa, como lo determina el artículo 289 N° 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “*Inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidos a su control; practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, así como dictar las medidas, imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley*”.

La segunda consideración es si un órgano administrativo como la Contraloría puede, dentro del marco convencional, imponer una sanción como la privación temporal del derecho de sufragio pasivo, generando una inhabilidad sobreviviente temporal en la materia.

Debe señalarse que el Estado Venezolano, en materia de sanción a la probidad administrativa, puede imponer multas razonables y proporcionadas a la responsabilidad determinada, las cuales son suficientemente ejemplarizadoras para un funcionario público que haya infringido la probidad pública. Sólo en la medida que el Estado considere que la infracción de la probidad pública es de tal importancia que merezca una medida de *ultima ratio*, puede establecer una figura típica, que determine los elementos conformadores de una conducta delictiva, estableciendo su sanción penal por un juez con jurisdicción penal, luego de un debido proceso.

En el caso en análisis, el Estado sólo utilizó los organismos y procedimientos administrativos para aplicar una sanción que la Convención determina que única o exclusivamente puede ser aplicada por un tribunal penal. En esta perspectiva, el medio utilizado por el Estado de Venezuela como es la sanción impuesta por un órgano administrativo como la Contraloría, que afecta mediante suspensión temporal el derecho de sufragio pasivo, no es idóneo ni legítimo, ya que no se trata de un tribunal que ejerce jurisdicción penal y que, por tanto, no puede afectar los derechos políticos asegurados por la Convención, de acuerdo al art. 23.2 de la misma.

La tercera consideración es determinar si la sanción administrativa, aplicada por la Contraloría, de inhabilitación temporal para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en el caso de ser considerado un medio idóneo, es el medio menos restrictivo para el ejercicio de los derechos políticos y que protege eficazmente la probidad administrativa. El Estado venezolano a través de la sanción de multa prevista dentro de las competencias de la Contraloría puede sancionar eficazmente las faltas administrativas a la probidad administrativa, sin que ello implique una afectación del derecho de sufragio pasivo. Si el Estado de Venezuela considera relevante como *ultima ratio* la aplicación de una sanción penal de suspensión temporal del derecho de sufragio pasivo, debe establecer y determinar la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas conductas reprochables, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. Ello requiere asimismo de determinación legal de un delito específico en su ordenamiento penal, como asimismo debe desarrollar el procedimiento penal con los estándares del debido proceso penal, para que, finalmente, sea dicho tribunal penal el que determine la eventual culpabilidad y aplique la pena respectiva, dentro de una sentencia fundada o motivada, congruente y de acuerdo con las fuentes del derecho vigente, además de ajustada a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, única forma de conformarse con el estándar convencional interamericano. Una decisión de un órgano administrativo que impone discrecionalmente la sanción de privación temporal del derecho de sufragio pasivo constituye un medio más restrictivo de los derechos del ciudadano afectado que la actuación de un tribunal penal con debido proceso y sentencia motivada.

A efectos de ponderar la proporcionalidad de la medida que se alega de inhabilitación temporal para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo frente a las conductas administrativas de falta de probidad, ya sancionada administrativamente con multa conforme a la ley, cabe señalar que no se ha imputado delito a la persona afectada, que son las conductas como *ultima ratio* que pueden legítimamente

afectar, mediante suspensión temporal, el ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el derecho de sufragio pasivo, constituyendo una medida desproporcionada la afectación de un atributo fundamental de los derechos políticos, por la comisión de una falta administrativa.

El sacrificio de un derecho político como el derecho de sufragio pasivo por un período de tiempo significativo constituye un elemento desproporcionado como sanción por una infracción administrativa, ya que dicha sanción hace nugatorio el derecho de la persona afectada a ejercer uno de los atributos esenciales que integran los derechos políticos y que son cardinales en el desarrollo y consolidación de un Estado democrático constitucional, la cual es aplicada, además, discrecionalmente por una autoridad administrativa y no por un tribunal penal con las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que está taxativamente prohibido por el artículo 23.2 de la misma Convención, configurando una violación de los derechos políticos asegurados por ella. Ello permite sostener que la restricción del derecho a ejercer el derecho de sufragio pasivo, a través de medio utilizado, como es un órgano administrativo, sin las garantías de un tribunal que ejerce jurisdicción penal, sin las garantías del debido proceso penal, sin un proceso de defensa técnica eficaz respecto de la sanción de privación de un atributo esencial de los derechos políticos y a través de un fallo discrecional, sin adecuada motivación, constituye una medida desproporcionada y contraria a los estándares convencionales. El sacrificio del derecho a ejercer el derecho de sufragio pasivo no se compadece con la utilidad para el bien común que implica la adopción de la medida administrativa para sancionar una falta administrativa. El grado de afectación del derecho político de sufragio pasivo es grave frente a una mediana necesidad de sancionar una falta a la probidad administrativa, por lo que la satisfacción específica de la sanción de la falta de probidad administrativa ya sancionada previamente con multa, no justifica el uso de una medida de *ultima ratio*, como son las sanciones penales que pueden afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales mediante su suspensión temporal respecto de determinadas personas, las que sólo pueden imponerse por tribunal penal en un debido proceso penal. Tal medida impide además que la persona afectada en su derecho pueda presentarse ante el cuerpo político de la sociedad para que este soberanamente decida quienes son sus representantes o autoridades. La restricción del derecho a ser elegido por el soberano cuerpo político de la sociedad afecta gravemente el contenido esencial del derecho a ser elegido como parte de los derechos políticos asegurados por el art. 23 de la CADH.

En la misma perspectiva se sitúa el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual ha determinado en su Observación General Nº 25 que la suspensión del derecho a sufragio en razón de una condena penal no es irrazonable en

sí mismo, pero “el período de suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena” por tanto, el preso sin condena no puede ser privado del derecho de sufragio (párrafo. 14). En dicha Observación General se determina que un atributo de los derechos políticos de similar importancia al derecho de sufragio pasivo, sólo puede imponerse tras un proceso, por un tribunal que ejerce jurisdicción en materia penal, y la sanción de suspensión temporal del atributo que integra los derechos políticos debe ser proporcionada con la conducta delictiva y la condena determinada en sentencia fundada o motivada.

2.2.2.1. La interpretación del ordenamiento jurídico venezolano conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la responsabilidad de la Contraloría y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

Por otra parte, podría sostenerse que el ordenamiento jurídico de la República Bolivariana de Venezuela no infringe el artículo 23 de la Convención Americana, si se hace una lectura distinta del mismo ordenamiento Constitucional y legal venezolano de aquel que realiza la Contraloría General de la República y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Podría señalarse que, de acuerdo al artículo 39 de la Constitución de Venezuela, sólo se puede excluir del ejercicio de los atributos que integran los derechos políticos que corresponden a los ciudadanos, siendo el derecho a participar como candidato en las elecciones uno de ellos, en cuanto derecho pasivo al sufragio, a quienes estén sujetos a inhabilitación política o a interdicción civil, y ello solo puede ocurrir mediante sentencia firme, es decir, mediante una decisión judicial dictada en un proceso penal en la que se imponga al condenado la pena de inhabilitación política, la que se concibe como una pena accesoria a la pena principal en materia penal, todo ello conforme al Código Penal vigente, o mediante una resolución judicial dictada en un proceso civil en el cual se declare interdicta o entredicha a la persona (interdicción civil) conforme al Código Civil. De acuerdo con esta aproximación, la limitación del derecho a ser elegido con base en una decisión administrativa de la Contraloría General de la República que es un órgano administrativo y no un tribunal, sería tanto contraria a la Convención Americana como a la Constitución Venezolana.

Asimismo, podría sostenerse que la Contraloría conforme a la ley, cuando impone sanciones administrativas derivadas de declaratorias de responsabilidad administrativa, puede incluir como sanción administrativa accesoria, la “inhabilitación” al declarado responsable para el ejercicio de cargos públicos por un tiempo determinado, lo que debería aplicarse sólo a los cargos que tienen su origen en un acto administrativo de nombramiento por alguno de

los órganos del Estado, pero no debería aplicarse ni podría constitucionalmente aplicarse para los funcionarios que fueren electos mediante sufragio. En esta última hipótesis, es el pueblo quien elige, en ejercicio de la soberanía popular, de acuerdo al artículo 5º de la Constitución, no pudiendo un órgano administrativo contralor, conforme a la Constitución, limitarle al pueblo el ejercicio de su poder soberano.

En definitiva, cabría establecer que la Contraloría General de la República, en esta interpretación jurídica, conforme al artículo 289 Nº 3 de la Constitución, no debería imponer sanciones que impliquen la inhabilitación política a autoridades electas, lo que podría ser considerado inconstitucional en el sistema venezolano, por ser contrario al artículo 35 de la Constitución y contrario al artículo 23.2 de la Convención. En una interpretación armónica de ambos textos, podría señalarse que ellos sólo permiten la inhabilitación mediante sentencia firme: fallo civil, en el caso de interdicción y sentencia penal en el caso de inhabilitación política como pena accesoria a la principal.

En tal perspectiva, no serían las normas jurídicas venezolanas las que infringirían y vulnerarían la Convención Americana, sino los actos jurisdiccionales de la Contraloría General de la República y de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, los que serían contrarios a la Convención Americana y responsables de violación de los derechos políticos asumidos tanto por la Convención como por la Constitución Venezolana. En todo caso, estamos en presencia de una vulneración de la Convención Americana, en su artículo 23, por el Estado Venezolano, en la medida que este es responsable por la actuación de cada uno y todos sus órganos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste⁴⁴.

Es cuanto puedo informar.

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

Doctor en Derecho

Director

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

⁴⁴ CIDH. *Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988*. Serie C Nº 4, párrafo 170; CIDH. *Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989*. Serie C Nº 5, párrafo 179.