



**Derechos políticos y limitaciones por sanciones disciplinarias de la Procuraduría
General de la Nación como mecanismo de lucha contra la corrupción**

Trabajo de grado para optar al título de magíster

Autor:

Andrés Giovanni Rosas Calvo

Director de Investigación:

Dr. Alejandro Ramelli Arteaga

Fecha de presentación:

3 de octubre de 2020

Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario
ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Bogotá D. C.

2020

*A Rosa Irene (doña Rous), mi madre; a Ángela (la Mona), mi compañera de vida, y a la
pandemia... porque sin ellas no habría sido posible vencer la procrastinación*

Derechos políticos y limitaciones por sanciones disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación como mecanismo de lucha contra la corrupción

Resumen

Por su importancia para la democracia y el ejercicio de los demás derechos humanos, los derechos políticos demandan un régimen especial de protección, con arreglo al cual debe interpretarse el artículo 23 de la Convención Americana. Sin embargo, en Colombia se admiten diferentes modalidades de restricción, como las sanciones disciplinarias que permiten a la Procuraduría General de la Nación (órgano no judicial) castigar a servidores públicos democráticamente elegidos con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos. Pese al fallo de la Corte Interamericana en el Caso Petro Urrego vs Colombia, aún se estima que dicha potestad sancionatoria es legítima para luchar contra la corrupción. Debe examinarse el asunto mediante un control de convencionalidad, aplicando un juicio de proporcionalidad.

Palabras clave

Derechos políticos, restricciones, democracia, Procuraduría General de la Nación, sanciones disciplinarias, servidores públicos electos, Convención Americana, lucha contra la corrupción, control de convencionalidad, test de proporcionalidad.

Abstract

Due to their importance for democracy and the exercise of other human rights, political rights require a special protection regime, according to which Article 23 of the American Convention must be interpreted. However, in Colombia different types of restriction are allowed, such as disciplinary sanctions through which the National Office of Internal Affairs (a non-judicial authority) can to punish democratically elected public officials with dismissal and inability to hold public office. Despite the ruling of the Inter-American Court in the Petro Urrego vs. Colombia Case, it is still considered that said sanctioning power is legitimate to fight corruption. The matter should be examined by means of a conventionality control, applying a proportionality test.

Keywords

Political rights, restrictions, democracy, National Office of Internal Affairs, disciplinary sanctions, elected public servants, American Convention, fight against corruption, conventionality control, proportionality test.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
1. Los derechos políticos y su importancia en el sistema democrático.....	12
2. La facultad del procurador general de la nación de destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular.....	20
2.1. Mecanismos extraconvencionales para restringir derechos políticos en Colombia...	20
2.2 Fundamento jurídico de la potestad sancionatoria de la PGN.....	25
3. Las facultades sancionatorias del procurador general frente a servidores públicos electos en la jurisprudencia colombiana.....	30
3.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia.....	30
3.1.1 Interpretación del artículo 23 de la CADH.....	33
3.1.2. Aplicabilidad del caso López Mendoza vs. Venezuela.....	34
3.1.3. Garantías judiciales.....	34
3.1.4. Recurso judicial efectivo.....	35
3.1.5. Fin constitucionalmente legítimo.....	35
3.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia.....	35
4. Análisis crítico de la jurisprudencia colombiana sobre la materia.....	39
4.1 Interpretación del artículo 23 de la CADH.....	39
4.1.1. Interpretación conforme a la Constitución.....	41

4.1.2. Interpretación conforme a tratados internacionales contra la corrupción.....	46
4.2. Aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte IDH en el contexto colombiano.....	50
4.2.1. Del caso López Mendoza vs. Venezuela.....	50
4.2.2. Del caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.....	54
4.3. Estándar de garantías judiciales.....	58
4.4. Recurso judicial efectivo.....	62
5. Control de convencionalidad y juicio de proporcionalidad.....	65
5.1. Control de convencionalidad.....	65
5.2. El test de proporcionalidad.....	71
5.2.1. ¿Por qué aplicar el juicio de proporcionalidad en esta materia?.....	71
5.2.2. Legalidad y fines constitucionalmente legítimos.....	74
5.2.3. Idoneidad de la medida como medio para cumplir esos fines.....	75
5.2.4. Necesidad de la medida.....	76
5.2.5. Proporcionalidad en sentido estricto.....	80
CONCLUSIONES.....	82
Referencias.....	88
Lista de abreviaturas.....	92

INTRODUCCIÓN

¿Es posible concebir la democracia sin el ejercicio de los derechos políticos? Cualquiera que sea la definición de democracia que se adopte llevará implícita, de una u otra manera, el ejercicio de algún derecho político. ¿Cómo acercarse en alguna medida al ideal del gobierno del pueblo para el pueblo sin la posibilidad de expresarse a través del sufragio? ¿Cómo es posible que las mayorías asuman el poder político sin la facultad de participar en la dirección de los asuntos públicos o de acceder a las funciones públicas? ¿Cómo adoptar decisiones basadas en la deliberación pública si no se pueden elegir libremente a los representantes que participarán en esos debates? ¿Cómo hacer parte de una comunidad política si no puedo exponer libremente mis ideas a otros y postularme para representarlos? No es equivocado ni exagerado, entonces, decir que la democracia no es posible sin el ejercicio de los derechos políticos.

Pero por más importantes que sean, los derechos políticos, al igual que todos los demás derechos humanos, no son absolutos ni se pueden ejercer ilimitadamente, es decir que admiten ciertas condiciones o restricciones en su ejercicio.

Sin embargo, tratándose de un bien jurídico tan valioso, hay que ser extremadamente cuidadosos a la hora de adoptar medidas que puedan restringir los derechos políticos, pues estas deben estar justificadas en fines legítimos y ser adecuadas y necesarias para conseguir esos fines, sin sacrificar excesivamente su ejercicio.

Al amparo de estos tres presupuestos teóricos (conexión fundamental entre derechos políticos y democracia, necesidad de establecer límites a su ejercicio y razonabilidad de esos límites), este trabajo se propone analizar una particular limitación a los derechos políticos aún permitida en Colombia, a pesar de que no se encuentra entre las restricciones legítimas establecidas en el inciso 2º del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de la potestad que se le ha otorgado a la Procuraduría General de la Nación, con fundamento en el artículo 277-6 de la Constitución Política, de investigar y sancionar a los servidores públicos elegidos por voto popular con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de funciones públicas. El problema radica en que la Procuraduría General de la Nación (en adelante, PGN) es una autoridad administrativa, no judicial, de ahí que sus sanciones, con capacidad de limitar severamente el derecho al sufragio pasivo (ser elegido) y a ejercer funciones públicas, no puedan asimilarse de ninguna manera a una “condena, por juez competente, en proceso penal”, como lo exige el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).

Si bien es cierto en Colombia existen otros mecanismos extraconvencionales de limitación de los derechos políticos, nos enfocamos específicamente en las sanciones disciplinarias de la PGN contra funcionarios de elección, por adolecer de más características problemáticas para un sistema político democrático: falta de jurisdiccionalidad, rango de afectación (servidores públicos de todos los niveles), severidad de las sanciones, intensidad de la afectación del derecho a ser elegido y acceder al poder público, y estándar bajo de garantías procesales.

De acuerdo con ello, el problema de investigación que me propongo resolver es el siguiente: ¿resulta jurídicamente razonable, a la luz del artículo 23 de la CADH, otorgarle al procurador general de la nación la facultad de sancionar a funcionarios de elección popular con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos, como mecanismo para luchar contra la corrupción?

En un principio, este trabajo investigativo estuvo dirigido a determinar la compatibilidad de las facultades sancionatorias del procurador general, respecto de los servidores públicos de elección popular, con el estándar interamericano de limitación a los derechos políticos previsto en el artículo 23.2 de la Convención Americana. Pretendía sustentar una crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia. Sin embargo, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) profirió su sentencia en el Caso Petro Urrego vs. Colombia, la potencialidad que tenía la investigación de aportar algo nuevo se redujo ostensiblemente, de ahí la necesidad de reenfoclarla. Luego, tras advertir que la PGN pretendía cumplir el fallo, pero manteniendo su potestad sancionatoria contra funcionarios electos, respecto de conductas constitutivas de actos de corrupción, se vio la oportunidad de afinar el problema jurídico, introduciendo el referido elemento teleológico: la validez de mantener ese poder como instrumento de lucha contra la corrupción.

El tema no solo reviste de trascendencia jurídico-constitucional, sino de indudable utilidad, teniendo en cuenta el enorme interés que ha suscitado el caso Petro en la opinión pública y que Colombia debe adoptar medidas legislativas y de otro orden para dar cumplimiento al fallo de la Corte IDH. Las implicaciones que en una democracia participativa como la nuestra

tiene el hecho de que un funcionario administrativo con facultades de control pueda destituir e inhabilitar a servidores que la voluntad popular ha erigido como representantes del pueblo amerita una profunda reflexión sobre el tipo de democracia que tenemos y sobre los controles constitucionales compatibles con ella. Más aún, si esto se hace a través de un procedimiento no judicial y sin un estándar de garantías procesales equiparable a un proceso penal.

Las consecuencias de un mal diseño institucional en materia de control no solo pueden afectar severamente los derechos políticos de los ciudadanos, especialmente de las minorías, sino alterar las reglas del libre juego democrático, con la consecuente deslegitimación del sistema político en general. Esto resulta de vital importancia en la coyuntura actual, donde, como consecuencia del proceso de paz con las FARC EP, nuestra democracia acogió nuevas fuerzas políticas que antes del Acuerdo operaron en la ilegalidad y privilegiaron el uso de la violencia. En efecto, resulta imperativo encontrar una solución al problema, que armonice las legítimas pretensiones de control al poder político y lucha contra la corrupción con la salvaguarda de derechos tan importantes en una democracia como los de elegir, ser elegido y acceder legítimamente al desempeño de funciones y cargos públicos.

En este contexto, este trabajo investigativo se ocupará, en su primer capítulo, de exponer cómo se han consagrado los derechos políticos en los sistemas universal, regional y nacional de protección de los derechos humanos. Seguidamente, se resaltarán la trascendental importancia de los derechos políticos en la preservación, desarrollo y evolución de los sistemas democráticos.

El segundo capítulo expondrá los fundamentos jurídicos de la potestad que tiene el procurador general de la nación para destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular. Para ello, se hará un repaso de los mecanismos permitidos por el ordenamiento jurídico colombiano para restringir derechos políticos, distintos de los previstos expresamente en el artículo 23.2 de la CADH, para luego hacer especial énfasis en la potestad sancionatoria de la PGN respecto de servidores públicos electos. Es en este acápite donde se explicará por qué es relevante este procedimiento como objeto de estudio, más que los otros mecanismos extraconvencionales como la pérdida de investidura, el régimen de disciplina interna del Congreso o la declaratoria de responsabilidad fiscal.

En el tercer capítulo, se presentará la jurisprudencia de la Corte Constitucional que respalda esta facultad sancionatoria en cabeza del procurador general de la nación. Esta línea jurisprudencial se complementará con la posición asumida por el Consejo de Estado en dos casos de funcionarios elegidos por voto popular (una exsenadora y un exalcalde de Bogotá), a través de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho.

El cuarto capítulo tratará acerca del análisis crítico de cada uno de los argumentos presentados por la Corte Constitucional en el capítulo tercero para defender la constitucionalidad de la facultad que tiene la PGN de inhabilitar funcionarios elegidos popularmente para el ejercicio de funciones y cargos públicos.

En el quinto capítulo, se abordará el control de convencionalidad, como medio de garantizar la vigencia de la CADH en el orden interno, y se aplicará un juicio de proporcionalidad, con

el fin de demostrar que dicha potestad sancionatoria de la PGN no constituye una limitación legítima de los derechos políticos de los sancionados disciplinariamente, ni siquiera como medio para luchar contra la corrupción, es decir que no es proporcional ni razonable. Aquí radica la principal novedad de este trabajo, en la forma de abordar este problema.

Finalmente, se presentarán las conclusiones de la investigación, a través de las cuales se defenderá la tesis de la incompatibilidad de las sanciones administrativas impuestas por la PGN a servidores públicos electos, como mecanismo de lucha contra la corrupción, con nuestro sistema de gobierno democrático, con la Constitución Política y con la CADH.

1. Los derechos políticos y su importancia en el sistema democrático

Desde el momento mismo en que el jurista checo Karel Vašák propuso su reconocida clasificación historicista de los derechos humanos, basada en las famosas tres generaciones (Vašák, 1977), los derechos a elegir a través del voto, ser elegido, asociarse y participar en los asuntos públicos adquirieron un lugar destacado como derechos de primera generación, junto con los derechos civiles a la vida, la libertad, la seguridad, la propiedad y el reconocimiento de la personalidad jurídica. A partir de entonces, en la historia de los derechos humanos, quedó grabada para siempre la identificación de los derechos civiles y políticos como los de primera generación, es decir los primeros que lograron reconocimiento a finales del siglo XVIII, en esa larga lucha por la reivindicación de la dignidad de la persona humana, cuyos hitos históricos fundamentales fueron la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos de América (García, 1993, p. 50).

En la mismísima Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) de 1948, el mayor y más importante consenso ético alcanzado por la humanidad, los plenipotenciarios de todo el mundo acordaron incluir, en su artículo 21, el siguiente texto:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse

periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto. (DUDH, 1948, Art. 21)

Este reconocimiento y consagración formal de los denominados derechos de primera generación tuvo una mayor concreción y avance en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), destacado instrumento internacional adoptado el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En su artículo 25, este importante tratado internacional consagró lo siguiente:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) 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;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. (PIDCP, 1966, Art.25)

De manera análoga a como ocurre en el sistema universal de protección de los derechos humanos, en el nivel regional del continente americano existe un instrumento declarativo de índole aspiracional y otro que concreta las obligaciones en cabeza de los Estados suscriptores.

En la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en el año 1948 en Bogotá, los Estados de la región adoptaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo artículo 20 consagraron lo siguiente:

Derecho de sufragio y de participación en el gobierno. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres. (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Art. 20)

Por su parte, la CADH, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica (de ahí su otra denominación: Pacto de San José), no se podía quedar atrás en el reconocimiento formal de los derechos políticos. En efecto, este tratado regional, adoptado en el marco de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), los consagra en el artículo 23 de la siguiente manera:

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;
 - 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. (CADH, 1969, Art. 23)

Además, el artículo 27 de la CADH consagra un régimen especial para los estados de excepción (guerra, peligro público o emergencia que ponga en riesgo la seguridad o independencia del Estado), en virtud del cual se permite a los gobiernos nacionales adoptar medidas que suspendan transitoriamente las obligaciones contraídas al hacerse parte de la Convención, durante el tiempo que sea estrictamente necesario para conjurar o superar la crisis. Sin embargo, de acuerdo con el inciso 2° de esta disposición, dicha prerrogativa convencional no autoriza a los Estados parte a suspender determinadas garantías, entre las cuales se encuentran, precisamente, los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH. Así lo especificó la Corte IDH en el Caso Yatama vs. Nicaragua: “Al ponderar la importancia que tienen los derechos políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos” (párr. 191, 2005).

Son tan vitales entonces los derechos políticos en el sistema interamericano de derechos humanos que los Estados miembros de la OEA acordaron prohibir expresamente la suspensión de su ejercicio, aún en las situaciones extraordinarias que se presentan en los estados de excepción.

Como se puede apreciar a simple vista, el PIDCP y la CADH no solo establecen cuáles son los derechos políticos, sino que aluden expresamente a sus posibles limitaciones. El artículo 25 del PIDCP proscribire las “restricciones indebidas”, lo que sugiere implícitamente que los Estados parte pueden establecer condiciones legítimas a su ejercicio. A su turno, el artículo 23.2 de la CADH, en lugar de una cláusula abierta en materia de restricciones, establece expresamente cuáles son las posibles condiciones que permiten reglamentar el ejercicio de estos derechos. Sobre este aspecto relativo a las restricciones que admiten los derechos políticos, por tratarse del objeto fundamental de este trabajo, volveremos más adelante.

Descendiendo al nivel nacional, la Constitución Política de Colombia trata acerca de los derechos políticos en su artículo 40, que a su tenor literal reza:

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública. (Const., 1991, Art. 40)

Hasta aquí, es clara la importancia de la que revisten los derechos políticos, en los sistemas universal, americano y nacional de protección de los derechos humanos. Pero su trascendental valor no solo radica en el lugar destacado que tienen en la historia de los derechos humanos y en las declaraciones e instrumentos jurídicos vinculantes que los consagran, sino en el hecho de que constituyen una condición esencial para la existencia y funcionamiento de la democracia y para el ejercicio de los demás derechos civiles.

El artículo 3° de la Carta Democrática Interamericana (en adelante CDI), instrumento aprobado en el 28° Periodo Extraordinario de Sesiones de la OEA, que tuvo lugar en la ciudad de Lima (Perú), establece que los derechos políticos y su ejercicio constituyen uno de los “elementos esenciales” del sistema político adoptado por los Estados miembros de la OEA: la democracia representativa. En efecto, junto con el respeto de los derechos humanos, el régimen plural de las organizaciones y partidos políticos, y la estricta separación e independencia de los poderes públicos, la CDI establece como componente fundamental de la democracia representativa “el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo” (CDI, 2001). Por voluntad

política de los Estados miembros de la OEA, entonces, el ejercicio de los derechos políticos tiene un vínculo inescindible con el sistema de gobierno democrático.

En desarrollo de esta idea, la Corte IDH estableció 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” (Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, 2008).

En un artículo académico que guarda una estrecha relación con el tema fundamental de esta investigación titulado *La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia* (2009), el jurista colombiano Juan Fernando Reyes Kuri recopiló una serie de referencias que dan cuenta de la trascendencia funcional de los derechos políticos, como condición necesaria para la operatividad de la democracia y para el ejercicio de los demás derechos humanos.

Haciendo referencia a una idea original de Agustín de Vedia, Reyes (2009) señala que “los derechos políticos son el centinela avanzado de los derechos civiles” (p. 154). Para profundizar este concepto, sostiene que los derechos políticos constituyen “condiciones jurídico-políticas” (Concha, 1994, p. 19) para la materialización de los demás derechos subjetivos, pues solo a través de ellos se garantiza “la participación de todos en la formación de la voluntad estatal” (Reyes, 2009, p. 154, citando a Concha, 1994). Incluso, Reyes (2009), citando a la autora Marian Ahumada Ruiz, resalta que el derecho a la participación política constituye “el derecho de los derechos” (p. 155), en tanto es el que posibilita incidir en la

agenda política de un Estado, mediante el acceso al debate de los asuntos públicos. En efecto, el derecho de participación política es el que permite que las reclamaciones sociales, debidamente tramitadas a través del proceso político-democrático, reciban una adecuada respuesta institucional y se conviertan en derechos (Ahumada, 2005, p. 111).

Asimismo, Reyes (2009) alude a la noción de “derechos fundantes” del académico Héctor Cuadra, entre los cuales, por supuesto, se encuentran los derechos políticos. Es así como afirma que “tales derechos son condición para que, en un Estado de derecho, todos los demás derechos del hombre puedan ejercerse: civiles, económicos, sociales y culturales” (Reyes, 2009, p. 155 citando a Cuadra). En suma, Reyes (2009) llega a la conclusión de que los derechos políticos son inherentes a la democracia, al punto de que constituyen su “núcleo fundamental” (p. 156).

En ese orden de ideas, los derechos políticos sobresalen entre el conjunto de los demás derechos humanos, no solo por la posición privilegiada que les ha asignado la historia como derechos de primera generación, sino por el lugar destacado que ocupan en las declaraciones e instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia. También por constituir una condición fundamental para la existencia misma de la democracia y para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, en un Estado de Derecho.

2. La facultad del procurador general de la nación de destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular

2.1. Mecanismos extraconvencionales para restringir derechos políticos en Colombia

En el capítulo anterior, anticipamos que el artículo 23.2 de la CADH establece las condiciones bajo las cuales los Estados parte de dicho instrumento pueden reglamentar o limitar el ejercicio de los derechos políticos, en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 25 del PIDCP, en el que se consagra una cláusula abierta en materia de condiciones para ejercer los derechos políticos, a través de la cual se prohíben las “restricciones indebidas” (PIDCP, 1966, Art. 25), el artículo 23.2 de la Convención Americana optó por señalar expresamente cuáles son las condiciones para el ejercicio que los Estados pueden establecer legalmente: “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” (CADH, 1969, Art. 23.2).

El uso del adverbio “exclusivamente” en la redacción de la norma, justo antes de incorporar las razones por las cuales la ley puede reglamentar los derechos políticos, nos da la idea de que los Estados miembros de la OEA quisieron establecer un listado cerrado (*numerus clausus*) o taxativo de razones que justifican la limitación de estos derechos, relacionadas con la edad, la nacionalidad, el lugar de residencia, el idioma, el nivel educativo y la

capacidad civil o mental de los ciudadanos. Asimismo, en materia sancionatoria, la disposición convencional exige que se cumplan tres requisitos a saber: que se trate de una **i) condena, ii) proferida por juez competente, iii) en un proceso penal** (CADH, 1969, Art. 23.2).

Al momento de analizar la jurisprudencia colombiana sobre la materia, veremos que la Corte Constitucional sostiene una tesis distinta, según la cual el artículo 23-2 de la CADH establece una lista meramente enunciativa, no taxativa o cerrada, de posibles restricciones a los derechos políticos (Sentencia SU-712, 2013). Por el momento, nos limitamos a exponer lo que se desprende del tenor literal del precepto convencional en comentario.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano ha permitido que algunos procedimientos sancionatorios sean dotados de la capacidad de limitar el ejercicio de ciertos derechos políticos como el del sufragio pasivo (ser elegido), participación política y el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, aun cuando no se avengan necesariamente a la condición convencional de ser una condena, impuesta por un juez competente, en el marco de un proceso penal.

Por ejemplo, el artículo 184 de la Constitución colombiana (en adelante Const.) faculta al Consejo de Estado para sancionar con pérdida de investidura a los miembros del Congreso de la República, por las conductas establecidas en el artículo 183 de la misma Carta Política. Se trata de un procedimiento especial que, si bien es cierto se adelanta ante una autoridad

judicial (juez competente) que se erige como el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no corresponde a un proceso penal.

En relación también con los congresistas, los artículos 269 y 270 de la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso) establecen un régimen especial de disciplina interna que permite a las mesas directivas del Senado y la Cámara de Representantes sancionar a los miembros de estas corporaciones con el desalojo del recinto (Ley 5ª, 1992, Art. 270), lo que podría afectar el derecho de participación política del parlamentario y el derecho de sus electores a ser representados en el Congreso de la República.

De otra parte, el numeral 4º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) establece como causal de inhabilidad para desempeñar cargos públicos la de “[h]aber sido declarado responsable fiscalmente” (Ley 734, 2002, Art. 38). Seguidamente, en su párrafo 1º, dicha norma legal señala que esta circunstancia genera la inhabilidad para ejercer cargos públicos durante un término de cinco (5) años. Incluso, si después de ese término el sancionado no ha pagado la multa impuesta o no ha sido excluido del Boletín de Responsabilidades Fiscales, la inhabilidad se mantendrá por un término que oscila entre tres (3) meses y cinco (5) años adicionales, dependiendo de la cuantía de la sanción de multa impuesta¹, en el proceso administrativo que se adelante con ese fin. Esta disposición legal fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-101 de 2018.

¹ El inciso 2º del párrafo 1º del artículo 38-4 de la Ley 734 de 2002 indica: Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10

Finalmente, tenemos un cuarto mecanismo que no está cobijado por las condiciones establecidas en el artículo 23.2 de la CADH, a través del cual se restringen derechos políticos en Colombia: las sanciones disciplinarias de la PGN.

La razón de circunscribir esta investigación a este tipo específico de mecanismo extraconvencional de restricción de derechos políticos, y no a los anteriormente mencionados, estriba en el hecho de que presenta una confluencia de factores que pueden ser problemáticos desde el punto de vista de la legitimidad democrática:

- 1) No se trata de un procedimiento judicial, sino de control interno, de ahí que la facultad de restringir derechos políticos en este caso no se atribuye a un juez, sino a un órgano administrativo.
- 2) Es susceptible de afectar a servidores públicos de elección popular de todos los niveles: desde miembros del Congreso de la República, pasando por alcaldes y gobernadores, hasta diputados departamentales y concejales de los municipios. Es preciso hacer claridad en cuanto a que el procurador general, respecto de este grupo, tiene competencia exclusiva para investigar disciplinariamente al alcalde mayor de Bogotá y a los congresistas. Sin embargo, por la vía del poder preferente disciplinario, esa competencia podría extenderse a todos los demás.

salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- 3) Es el único mecanismo sancionatorio capaz de sacar definitivamente del juego democrático a una persona, de ahí que en el argot periodístico colombiano se haya denominado “muerte política” a la sanción de inhabilidad general².
- 4) El estándar de garantías procesales para despojar a una persona de sus derechos a ser elegido, representar a otros conciudadanos y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es ostensiblemente inferior al de un proceso judicial.

Aunque la declaratoria de responsabilidad fiscal, a cargo de la Contraloría General de la República, también cumple con la mayoría de estas condiciones no democráticas, la sanción máxima que podría llegar a alcanzar es inhabilitar políticamente a una persona por diez (10) años, es decir por el término mínimo que puede tener una sanción disciplinaria de inhabilidad general. En todo caso, después de cinco (5) años, la sanción derivada de la responsabilidad fiscal es condonable si el sujeto pasivo logra pagar la multa que se le impone (Ley 734, 2002, Art. 38). Además de la intensidad, la sanción de inhabilidad general, que es la máxima que puede aplicar la PGN, tiene un alcance mucho mayor, en la medida que puede imponerse, contadas excepciones, a todos los servidores públicos, mientras que la responsabilidad fiscal solo puede recaer en aquellos que tengan la administración de recursos del erario o funjan como ordenadores del gasto público, es decir aquellos que ejercen la gestión fiscal, en los términos de los artículos 1° y 3° de la Ley 610 de 2000.

Tales razones justifican, entonces, que entre el conjunto de medidas extraconvencionales que en Colombia permiten sancionar personas con pérdida de algunos derechos políticos,

² El artículo 46 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) prescribe que “[l]a inhabilidad general será de diez a veinte años”.

hayamos escogido las sanciones disciplinarias de índole administrativo que puede imponer la PGN.

Como se verá en el capítulo siguiente, en el barrido de sentencias de la Corte Constitucional que tratan acerca de la materia objeto de análisis, no se incluirá la referida sentencia C-101 de 2018, puesto que, si bien trata el tema de la limitación de los derechos políticos por parte de una autoridad administrativa, no se relaciona con las sanciones disciplinarias de la PGN.

2.2 Fundamento jurídico de la potestad sancionatoria de la PGN

De acuerdo con el artículo 118 de la Const., el defensor del pueblo, el procurador general de la nación y sus delegados en todos los órdenes son quienes ejercen el denominado Ministerio Público. Seguidamente, acerca de su misión fundamental, esta norma superior prescribe que “(...) [a]l Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” (Const., 1991, Art. 118).

Por su parte, el artículo 275 de la misma Carta Política le atribuye al procurador general de la nación el título de “supremo director del Ministerio Público” (Const., 1991, Art. 275), y el artículo 277, entre las funciones generales del procurador general, consagra lo siguiente:

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

(...)

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

(...) (Const., 1991, Art. 277)

La interpretación de esta norma superior más extendida entre las autoridades colombianas se niega a separar la potestad disciplinaria del procurador general de su facultad de vigilar la conducta oficial de los servidores públicos, incluso de los que son elegidos popularmente. Es así como el poder disciplinario se entiende como un mecanismo a través del cual el procurador general de la nación ejerce su función constitucional de vigilar “la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas” (Const., 1991, Art. 277), adelantando las investigaciones pertinentes e imponiendo las sanciones que le permite la ley. Esto no sería problemático, si no fuera porque entre esas “sanciones conforme a la ley” (Const., 1991, Art. 277) que puede imponerles a los servidores públicos, incluidos los elegidos popularmente, se encuentran algunas que afectan severamente el ejercicio de sus derechos políticos.

Esto se complementa con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 278 *ibidem*, que le confiere al procurador general la función de “[d]esvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada” a los funcionarios públicos que infrinjan la Constitución y la ley, obtengan provecho patrimonial indebido en el ejercicio de sus funciones, obstaculicen las investigaciones de órganos de control o jurisdiccionales, o sean claramente negligentes en el control disciplinario de los empleados a su cargo o en la denuncia de las conductas

punibles de las que tengan conocimiento durante el ejercicio de su función (Const., 1991, Art. 278-1).

El régimen disciplinario de los servidores públicos en Colombia, que rige el procedimiento de las investigaciones adelantadas por la PGN y establece las sanciones que puede imponer, está regulado por la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único (en adelante CDU). En su artículo 3º, esta norma legal señala que:

La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia. (...) (CDU, 2002, Art. 3)

Por su parte, el artículo 44 del CDU establece cuáles son las sanciones que la PGN, en ejercicio de su poder disciplinario, puede imponer:

Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

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

5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

(...) (CDU, 2002, Art. 44)

Seguidamente, el artículo 45 del CDU explica en qué consiste cada una de esas sanciones.

Para los fines de esta investigación, nos interesan solo las tres primeras:

Definición de las sanciones.

1. La destitución e inhabilidad general implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o

c) La terminación del contrato de trabajo, y

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo (subrayas nuestras).

(...) (CDU, 2002, Art. 45)

Especialmente sensible resulta la sanción de destitución e inhabilidad general, pues es la que afecta con mayor intensidad los derechos políticos de la persona castigada, de ahí la denominación de “muerte política” que, como ya apuntamos, se le ha dado en los medios de comunicación social. En efecto, el artículo 46 de la Ley 734 de 2002 señala que “la inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente” (CDU, 2002, Art. 46).

Como puede apreciarse en esta revisión normativa, en Colombia aún se admite que una autoridad administrativa, como lo es la PGN, pueda imponer sanciones disciplinarias a todos aquellos servidores públicos sobre los que ejerce sus funciones de vigilancia y control, a pesar de que, como ya lo hemos referido, el artículo 23.2 de la Convención Americana exige que, por vía sancionatoria, la restricción de los derechos políticos se circunscriba “exclusivamente” a las condenas proferidas por jueces competentes y dentro de un proceso ante la jurisdicción penal.

3. Las facultades sancionatorias del procurador general frente a servidores públicos electos en la jurisprudencia colombiana

3.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia

En Colombia, la Corte Constitucional (en adelante C. Const.) ha defendido sistemáticamente las facultades de la PGN para restringir los derechos políticos de los servidores públicos electos, por vía administrativa, a través de una línea jurisprudencial estable y consolidada.

En la sentencia C-229 de 1995 (MP Alejandro Martínez Caballero), la C. Const. abordó por primera vez el tema de las facultades sancionatorias de la PGN respecto de servidores públicos de elección popular, particularmente de los gobernadores y alcaldes. En la C-222 de 1999 (MP José Gregorio Hernández), lo hizo respecto de los miembros de los Concejos Municipales. Desde entonces, ha proferido las siguientes sentencias:

- T-544 de 2004 (MP Jaime Córdoba Triviño)³
- C-028 de 2006 (MP Humberto Sierra Porto)⁴.
- SU-712 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio)⁵.

³ En este caso, la Corte resolvió definitivamente, en sede de revisión, la acción de tutela impetrada por el excongresista Bernardo Hoyos Montoya contra la PGN, con ocasión de la suspensión provisional de su investidura de parlamentario por el término de tres (3) meses, que este órgano de control le impuso dentro de una investigación disciplinaria que adelantó en su contra.

⁴ Por vía de control abstracto de constitucionalidad, la Corte estudió una demanda contra tres normas del CDU (Ley 734 de 2002), que consagran, entre las sanciones disciplinarias, las de destitución e inhabilidad general, “para faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima” (Ley 734, 2002, Art. 44).

⁵ La Corte conoció, en sede de revisión, sobre la acción de tutela presentada por la senadora opositora Piedad Córdoba, contra el fallo de única instancia dictado el 27 de septiembre de 2010 por el procurador general de la nación, que la sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por un término de dieciocho (18) años, por supuestas relaciones con grupos al margen de la ley.

- C-500 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo)⁶.
- SU-355 de 2015 (MP Mauricio González Cuervo)⁷.
- C-086 de 2019 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez)⁸.
- C-111 de 2019 (MP Carlos Bernal Pulido)⁹.
- T-433 de 2019 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo)¹⁰.

Acogiendo la propuesta metodológica de Diego López Medina para el análisis de líneas jurisprudenciales, expuesta en sus textos Interpretación Constitucional (López Medina, 2002) y El Derecho de los Jueces (López Medina, 2006), a continuación, se hará la representación gráfica de la jurisprudencia constitucional acerca de las facultades sancionatorias de la PGN. Para ello partimos de la formulación del problema jurídico y ubicamos en los extremos izquierdo y derecho las dos tesis opuestas que buscan darle solución. A continuación, cada una de las sentencias de la C. Const. se ubicarán al lado de la tesis que defienden.

⁶ Por segunda ocasión, la Corte Constitucional conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1° del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 (CDU), que establece, entre las sanciones que pueden imponerse a los servidores públicos, la de destitución e inhabilidad general.

⁷ La Corte se ocupó de revisar las decisiones adoptadas por los jueces de instancia dentro de la acción de tutela impetrada por el ciudadano Gustavo Petro contra la sanción de destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos por el término de 15 años que le impuso la PGN. Esto, por decisiones adoptadas en su calidad de alcalde mayor de Bogotá, en desarrollo de la política de aseo que implementó en la ciudad capital.

⁸ El Alto Tribunal estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra el artículo 157 de la Ley 734 de 2002 (CDU), que consagra la posibilidad de suspender provisionalmente al servidor público investigado disciplinariamente, cuando quiera que su permanencia en el cargo o en el servicio público represente un serio riesgo de interferir en la investigación, de continuar la conducta ilícita o de incurrir nuevamente en esta.

⁹ La Corte estudió una demanda ciudadana contra una norma del CDU (artículo 45 de la Ley 734 de 2002), que permite la aplicabilidad de la sanción de destitución e inhabilidad general a los servidores públicos elegidos popularmente.

¹⁰ Trata acerca de la acción de tutela interpuesta por el exalcalde de Bucaramanga Rodolfo Hernández Suárez, por considerar vulnerados, entre otros, sus derechos fundamentales al debido proceso y a ser elegido. Esto, debido a la medida cautelar de suspensión provisional en el ejercicio de sus funciones que le impuso la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, con ocasión de hechos relacionados con una agresión física y verbal contra un concejal.

¿El procurador general de la nación está facultado, a la luz del artículo 23 de la CADH, para sancionar a servidores públicos de elección popular con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos?		
<p>TESIS 1</p> <p>De conformidad con el artículo 23 de la CADH, la competencia disciplinaria de la PGN, en tanto autoridad administrativa, no judicial, es limitada y no le permite restringir los derechos políticos de servidores públicos electos</p>	<p>x</p> <p>C-229 de 1995 (MP Martínez)</p> <p>x</p> <p>C-222 de 1999 (MP Hernández)</p> <p>x</p> <p>T-544 de 2004 (MP Córdoba)</p> <p>x</p> <p>C-028 de 2006 (MP Sierra Porto)</p> <p>x</p> <p>SU-712 de 2013 (MP Palacio)</p> <p>x</p> <p>C-500 de 2014 (MP González)</p> <p>x</p> <p>SU-355 de 2015 (MP González)</p> <p>x</p> <p>C-086 de 2019 (MP Guerrero)</p> <p>x</p> <p>C-111 de 2019 (MP Bernal Pulido)</p> <p>x</p> <p>T-433 de 2019 (MP Lizarazo)</p>	<p>TESIS 2</p> <p>El artículo 23 de la CADH no impide que una autoridad administrativa como la PGN pueda destituir e inhabilitar a servidores públicos electos, por ser una competencia que le confiere la Constitución Política</p>

Como puede apreciarse a simple vista, la jurisprudencia constitucional acerca de la competencia de la PGN para imponer a los servidores públicos de elección popular sanciones que afectan sus derechos políticos, como destitución e inhabilidad general, ha sido más bien pacífica, excepto por algunos salvamentos de voto. La tendencia histórica es clara hacia la denominada Tesis 2: la que defiende esta potestad sancionatoria en cabeza de un órgano administrativo como la PGN.

Los argumentos de los que se ha servido la C. Const. para defender esta tesis pueden clasificarse en cinco ejes temáticos:

3.1.1 Interpretación del artículo 23 de la CADH

La Corte consideró que el artículo 23 de la CADH, que se integra al ordenamiento jurídico colombiano por vía del bloque de constitucionalidad, no debe interpretarse aisladamente, sino de manera sistemática con otras normas de la Const. (artículo 277), que sí autorizan estas facultades sancionatorias en cabeza de un órgano administrativo, y con otros tratados internacionales que ha suscrito el estado colombiano, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante CNUCC). De acuerdo con ello, debe entenderse que las restricciones a los derechos políticos no pueden ser solamente las establecidas en el numeral 2° del artículo 23 de la CADH, sino que hay otras que persiguen fines igualmente legítimos, como las sanciones de órganos administrativos disciplinarios, como la PGN. Es así como, según la Corte, el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales sobre lucha contra la corrupción, no se opone a que “se adopten otras medidas, igualmente sancionatorias, aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público” (C. Const., Sala Plena, C-028, 2006).

Asimismo, para el Alto Tribunal Constitucional, el artículo 23 de la CADH “no establece una relación cerrada (*numerus clausus*)” de posibles restricciones a los derechos políticos, sino que fija “una serie de pautas bajo las cuales el Legislador puede regular los derechos allí señalados” (C. Const., Sala Plena, SU-712, 2013).

3.1.2. Aplicabilidad del caso López Mendoza vs. Venezuela

En relación con el fallo de la Corte IDH en el caso López Mendoza vs. Venezuela, en su sentencia SU-712 de 2013, la C. Const. señaló que no era aplicable en Colombia (particularmente en el caso de la senadora Piedad Córdoba), porque el contexto fáctico y normativo venezolano es diferente. Mientras la Constitución venezolana exige una sentencia judicial para imponer una inhabilidad, en Colombia no se requiere y, por el contrario, la Const., en su artículo 277-6, faculta a la PGN para inhabilitar a quienes desempeñan funciones públicas

3.1.3. Garantías judiciales

La C. Const. ha sostenido que “[l]a restricción del ejercicio de derechos políticos que provenga de una autoridad distinta a un juez penal es válida siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso” (C. Const., Sala Plena, C-111, 2019). Es por ello por lo que la CADH no les impide a los Estados parte otorgarles competencia a autoridades administrativas, diferentes a los jueces, para afectar los derechos políticos de los servidores públicos elegidos democráticamente “siempre que dicha autoridad sea (i) autónoma e independiente y (ii) asegure las garantías judiciales establecidas en su artículo 8” (C. Const., Sala Plena, C-111, 2019). Tales presupuestos, a juicio de la Corte, se cumplen en el caso de la PGN, teniendo en cuenta que es una institución que garantiza completamente los derechos y libertades de los funcionarios públicos electos, por cuanto se trata de un órgano independiente e imparcial y, además, el proceso disciplinario está revestido de todas las garantías judiciales fundamentales previstas en el artículo 8° de la CADH (C. Const., Sala Plena, C-111, 2019).

3.1.4. Recurso judicial efectivo

En sus sentencias C-086, C-111 y T-433, las tres proferidas en el año 2019, la C. Const. fundamentó la validez de la competencia de la PGN para restringir los derechos políticos de servidores públicos de elección popular, además de lo señalado previamente, en el hecho de que sus actos “son susceptibles de control judicial, por la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (C. Const., Sala Plena, C-086, 2019).

3.1.5. Fin constitucionalmente legítimo

Para nuestro Alto Tribunal Constitucional, la potestad sancionatoria que, a su juicio, nuestra Carta Política le confiere a la PGN para restringir la ciudadanía política de los servidores públicos electos es una medida que cumple fines constitucionalmente legítimos, como “proteger el erario público” (sic) (C. Const., Sala Plena, C-028, 2006), “afianzar la moralidad administrativa y enfrentar eficazmente la corrupción” (C. Const., C-500, 2014), “la salvaguarda de la moralidad pública” (C. Const., Sala Plena, C-086, 2019) y la protección de la dignidad humana (C. Const., Sala Quinta de Revisión, T-433, 2019).

3.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia

Con ocasión de los mismos hechos que motivaron la sentencia de tutela SU-712 de 2013 de la C. Const., la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante providencia del 9 de agosto de 2016, resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la exsenadora Piedad Esneda Córdoba Ruíz contra el acto sancionatorio mediante el cual la PGN la sancionó con destitución e inhabilidad general por un término de 18 años. En dicha decisión, el Consejo de Estado (en adelante CE) acogió

íntegramente el precedente de la C. Const. y consideró “constitucionalmente válida la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos incluidos los de elección popular” (CE, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Número de referencia 110010325000 2011-00316, 2016), teniendo en cuenta, además, “la existencia de cosa juzgada constitucional” (CE, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Número de referencia 110010325000 2011-00316, 2016).

Posteriormente, el mismo Alto Tribunal de lo contencioso administrativo conoció de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por el exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego, contra la sanción de destitución e inhabilidad general por 15 años que le impuso la PGN, la misma que motivó la acción de tutela que culminó con la sentencia SU-355 de 2015 de la C. Const. En la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, proferida el 15 de noviembre de 2017, reuló parcialmente en la posición que asumió previamente en el caso de Piedad Córdoba. En esta ocasión, el CE, haciendo un análisis basado en el **control de convencionalidad**, concluyó que, de acuerdo con el artículo 23 de la CADH, “el poder capaz de limitar y suspender el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, en su sentido pasivo como electores, y de las autoridades que ellos han elegido democráticamente, radica exclusivamente en un juez de la república” (CE, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicado nro. 110010325000 2014-00360, 2017). Sin embargo, con base en la jurisprudencia constitucional y en la CNUCC, aclaró que la PGN sí puede imponer sanciones que restrinjan los derechos políticos de un servidor público elegido

popularmente, siempre que se trate de conductas que constituyan actos de corrupción, pues en los demás casos solo puede hacerlo una autoridad judicial.

No obstante, cuando el exalcalde de Bucaramanga Rodolfo Hernández invocó este precedente para oponerse a una suspensión provisional de la que fue objeto, con ocasión del inicio de un proceso disciplinario en su contra, la C. Const., en su sentencia T-433 de 2019, desautorizó expresamente esta tesis del CE. En efecto, mantuvo incólume su tradicional línea jurisprudencial, según la cual el artículo 23 de la CADH no impone ninguna restricción a la potestad de la PGN para destituir e inhabilitar a servidores públicos elegidos popularmente: “la competencia de la PGN para investigar y sancionar a servidores públicos no está restringida a faltas relacionadas con corrupción” (C. Const., Sala Quinta de Revisión, T-433, 2019).

Más allá de este intento del CE por conciliar la jurisprudencia de la C. Const. con lo establecido por el sistema interamericano de derechos humanos, la línea jurisprudencial sobre la materia se ha decantado claramente por mantener intactas las facultades sancionatorias de la PGN respecto de los servidores públicos de elección popular.

De acuerdo con la caracterización de la jurisprudencia de las cortes nacionales en función de la manera como asimilan los precedentes de los tribunales internacionales, propuesta por el profesor Alejandro Ramelli (Ramelli, 2019), podríamos calificar el ejercicio conciliador del CE como un ejemplo de sentencia innovadora (Ramelli, 2019, págs. 123-124), en cuanto propone una forma de hacer compatible la normatividad interna del Estado colombiano con

la interpretación autorizada que hace la Corte IDH de la Convención Americana. Por su parte, la reseñada jurisprudencia de la C. Const., a nuestro juicio, constituye un buen ejemplo de lo que este autor denomina “sentencias neutralizadoras” (2019, págs. 93-97), en la medida que rehusó darle el alcance que le corresponde al fallo proferido por la Corte IDH dentro del caso *López Mendoza vs. Venezuela*.

La Corte IDH, enhorabuena, profirió fallo dentro del caso *Petro Urrego vs. Colombia*, el 8 de julio de 2020. En esta sentencia, la Corte IDH reivindicó el ejercicio hermenéutico que hizo el CE en su providencia del 15 de noviembre de 2017, también relacionada con las sanciones disciplinarias que le impuso la PGN a Petro Urrego:

(...) la Corte considera que la decisión del Consejo de Estado constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro por parte de la Procuraduría, en tanto cesó y reparó las violaciones a los derechos políticos que ocurrieron en perjuicio del señor Petro como resultado de dichas sanciones. El Consejo de Estado tomó debida consideración de los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 23.2 de la Convención (Corte IDH, *Caso Petro Urrego vs. Colombia*, párr. 108, 2020).

A pesar de que el sistema interamericano ha dirimido la controversia entre los dos altos tribunales nacionales, aún está por verse si la Corte Constitucional acatará sin reservas o seguirá neutralizando la jurisprudencia de la Corte IDH, manteniendo su postura tradicional.

4. Análisis crítico de la jurisprudencia colombiana sobre la materia

En el capítulo anterior, presentamos la línea jurisprudencial que ha sentado la C. Const. en materia de restricciones a los derechos políticos a través de sanciones administrativas impuestas por el procurador general de la nación a servidores públicos de elección popular. Técnicamente, con la sentencia proferida el 8 de julio de 2020 por la Corte IDH dentro del Caso Petro Urrego vs. Colombia, el asunto ya está dirimido ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Por lo tanto, la C. Const., en tanto autoridad nacional obligada a acatar la interpretación autorizada que ha hecho la Corte IDH del artículo 23 de la CADH, debería abandonar su postura tradicional. Sin embargo, como no es seguro que nuestro Tribunal Constitucional renuncie a mantener una línea jurisprudencial que ha construido durante tantos años, es posible que no acoja íntegramente la jurisprudencia de la Corte Interamericana o que lo haga parcialmente. Por esta razón, resulta pertinente hacer el análisis crítico de su jurisprudencia.

Con base en los mismos ejes temáticos expuestos en el capítulo anterior, a continuación, se exponen las críticas frente a los argumentos fundamentales que soportan las tesis de la C. Const. sobre la materia.

4.1. Interpretación del artículo 23 de la CADH

Tal como se reseñó en el capítulo primero de este trabajo investigativo, el artículo 23 de la CADH es el que regula lo relativo a los derechos políticos en el marco del sistema interamericano. La estructura de esta disposición se compone de dos incisos: en el primero, se señalan expresamente cuáles son los derechos y oportunidades que garantiza la

Convención dentro del género derechos políticos, y en el segundo, las condiciones para reglamentar o restringir su ejercicio, en estos términos: “[l]a 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” (CADH, 1969, Art. 23).

Como vimos en el capítulo precedente, la C. Const. sostiene la tesis de que esta norma convencional no pretende prohibirles a los Estados parte de la Convención establecer restricciones a los derechos políticos distintas a las allí consagradas, sino apenas mencionar “una serie de pautas bajo las cuales el Legislador puede regular los derechos allí señalados” (C. Const., Sala Plena, SU-712, 2013). Es decir que el inciso 2° del artículo 23 de la CADH no establece una lista taxativa o cerrada de posibles limitaciones a los derechos políticos (*numerus clausus*), sino una meramente enunciativa o ejemplificativa (*numerus apertus*). Para ello, la Corte indica que la norma no debe interpretarse aislada y literalmente, sino de manera sistemática con la Const., con otros instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción y con la propia CADH.

Lo primero que debe advertirse sobre esta tesis es que va en contravía con el hecho evidente de que la norma convencional utiliza el adverbio “exclusivamente” para aludir a las posibles limitaciones a los derechos políticos. Según el Diccionario de la Lengua Española, “exclusivamente” quiere decir “[d]e manera exclusiva” (RAE, 2020), es decir que la intención de los Estados miembros de la OEA fue la de circunscribir las posibles restricciones a los derechos políticos solo a las opciones previstas en el numeral 2° del artículo 23 de la

CADH: “por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal” (1969).

Entenderlo de otro modo, ampliando el rango de posibilidades de restringir los derechos políticos, riñe abiertamente con la regla de interpretación número 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Art. 31).

En ese orden de ideas, darle a la palabra “exclusivamente” el significado que corresponde a su sentido corriente constituye una interpretación de la norma fiel a su tenor literal. Sin embargo, para la C. Const., la regla convencional contenida en el artículo 23.2 de la CADH adquiere otro sentido si se la interpreta sistemáticamente con la Const., con otros tratados internacionales y con la misma CADH. Veamos si es así:

4.1.1. Interpretación conforme a la Constitución

En cuanto a la interpretación conforme a la Const., la Corte da por sentado que el artículo 277 de la Carta Política le otorga a la PGN la facultad de sancionar a los servidores públicos electos con destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos, lo que por supuesto supone una severa restricción del derecho a ser elegido del sancionado y del derecho a elegir de sus electores.

Tal como se reseñó en el capítulo 2° de este estudio, el numeral 6° del artículo 277 de la Const. consagra entre las funciones del procurador general la de “[e]jercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley” (Const., 1991, Art. 277, núm. 6).

Para el Alto Tribunal, el ejercicio preferente del poder disciplinario es precisamente una de las formas de “[e]jercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular” (Const., 1991, Art. 277, núm. 6). Si ello es así y, además, el procurador está facultado para “adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley” (Const., 1991, Art. 277, núm. 6), se infiere entonces que debe recurrir a las sanciones previstas en el régimen disciplinario vigente, entre estas la destitución e inhabilidad general.

Esta interpretación del artículo 277-6 constitucional no resulta tan lógica e indiscutible como pretende la Corte. En la sentencia SU-712 de 2013, por ejemplo, se presentaron dos importantes salvamentos de voto.

El magistrado Luis Ernesto Vargas Silva propuso una lectura según la cual esta norma superior involucra “un conjunto de proposiciones a las que corresponden, al menos, dos contenidos normativos diferentes” (C. Const., SU-712, Salvamento de voto, 2013). Uno que tiene relación con la función de vigilancia superior de todos los que ejercen funciones

públicas, incluyendo a los servidores de elección popular, y otro que atañe al poder disciplinario preferente, que incluye las facultades de adelantar investigaciones e imponer las sanciones previstas en la ley. De acuerdo con ello, entonces, la función de vigilancia superior se extiende a todos los servidores públicos, incluidos los de elección popular, mientras que la función disciplinaria tiene unos límites estrictos que le impiden ejercerla sobre estos.

Por su parte, la magistrada María Victoria Calle Correa, que también salvo su voto frente a la posición mayoritaria asumida en la sentencia SU-712 de 2013, acepta que el artículo 277-6 de la Carta Política le confiere al procurador la “competencia para investigar y sancionar disciplinariamente” a todos los servidores públicos, inclusive los de elección popular. Sin embargo, advierte que “el hecho de que el procurador pueda investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular no es equivalente a que pueda imponerles entonces cualquier sanción” (C. Const., SU-712, Salvamento de voto, 2013), puesto que sanciones como las de destitución e inhabilidad están reservadas a una autoridad judicial.

Una tercera opción interpretativa es la propuesta por Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del CE, en su sentencia del 15 de noviembre de 2017, proferida dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Gustavo Petro contra la PGN. Como vimos en el capítulo anterior (*supra* 3.2), en este fallo, el CE determinó que la PGN tenía la facultad de restringir la ciudadanía política de los servidores públicos electos, siempre y cuando se trate de hechos que constituyan actos de corrupción, pues en otros casos dicha facultad solo la puede ejercer una autoridad judicial.

Como se puede apreciar, a la hora de interpretar el artículo 23 de la CADH, en concordancia con el artículo 277 de la Const., existen alternativas diferentes a la interpretación mayoritariamente acogida por la C. Const. Cabría preguntarse entonces: ¿existe un parámetro para calificar cuál es la opción hermenéutica más legítima?

Al respecto, existe una doctrina bastante consolidada, derivada de las pautas de interpretación establecidas en diferentes tratados internacionales que consagran derechos humanos, como el artículo 30 de la DUDH, el artículo 5° del PIDCP y el artículo 29 de la CADH. Se trata del principio *pro homine* (o propersona), en virtud del cual el intérprete de las normas relativas a derechos humanos debe optar siempre por la interpretación más protectora para los derechos de la persona. Una de las conceptualizaciones más célebres del principio *pro homine* lo propuso la jurista argentina Mónica Pinto, al definirlo como:

(...) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer las restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

(Pinto, 1997, p. 163)

De acuerdo con ello, desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se debe privilegiar la interpretación que amplíe el ámbito de protección del derecho o la que restrinja sus límites.

En ese orden de ideas, vemos que la C. Const., al interpretar la posibilidad de limitar los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH, optó por la interpretación más amplia en materia de restricciones y por la más restrictiva en relación con el reconocimiento del derecho político a ser elegido y a desempeñar cargos públicos. En otras palabras, el Tribunal Constitucional colombiano, al interpretar las facultades del procurador general de la nación para imponer sanciones que limitan los derechos políticos de los ciudadanos, hizo exactamente lo contrario a lo que dicta el principio *pro homine*.

Por lo tanto, no es que la Const. le haya atribuido inequívocamente al procurador general la facultad de sancionar a los servidores públicos de elección popular con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos. Lo que ocurre es que la C. Const. consideró que le asiste esa potestad, haciendo una interpretación del artículo 23 de la CADH en concordancia con el artículo 277 de la Carta Política, que va en contravía de una regla fundamental de interpretación del derecho de los derechos humanos: el principio *pro homine* o *propersona*. Dicha potestad sancionatoria de la PGN constituye, entonces, una mera hipótesis interpretativa y no un mandato constitucional inequívoco

En consecuencia, la interpretación legítima del artículo 23 de la CADH, con arreglo al principio *pro homine*, exige que las restricciones a los derechos políticos se circunscriban únicamente a las que su inciso segundo consagra. Asimismo, la interpretación constitucional más favorable para el titular de los derechos políticos (en pro de la persona humana) exige que, en materia sancionatoria, su ejercicio solo pueda limitarse mediante una sentencia condenatoria proferida por un juez competente.

4.1.2. Interpretación conforme a tratados internacionales contra la corrupción

En las sentencias C-028 de 2006, C-086 de 2019 y C-111 de 2019, la C. Const. puso de presente la existencia de tratados internacionales en materia de lucha contra la corrupción, que facultan a Colombia para adoptar ciertas medidas que van más allá del enjuiciamiento penal, para luchar contra este flagelo: la CNUCC y la Convención Interamericana Contra la Corrupción (en adelante CICC). Particularmente, el artículo 8.6 de la CNUCC prescribe:

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo. (CNUCC, 2003, Art. 8.6)

Así, como quiera que este instrumento internacional permite al Estado colombiano adoptar, entre otras, medidas de carácter disciplinario contra todo funcionario que incurra en actos de corrupción, el artículo 23 de la CADH debe interpretarse en el sentido de que su inciso segundo no impide que “se adopten otras medidas, igualmente sancionatorias, aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público” (sic) (C. Const., Sala Plena, C-028, 2006). Entre estas, se encuentran las sanciones disciplinarias por parte de una autoridad administrativa, como la PGN.

Al respecto, cabe precisar: si una de las justificaciones para otorgarle a la PGN el poder de bloquear el ejercicio de los derechos a ser elegido y a ejercer cargos públicos de una persona radica en el hecho de que un tratado internacional le permite a Colombia adoptar medidas disciplinarias para luchar contra la corrupción, no se explica entonces cómo se justifica la

restricción de esos derechos políticos cuando se trata de hechos que no tienen ninguna relación con actos de corrupción. En efecto, el catálogo de conductas por las cuales la PGN puede inhabilitar a funcionarios de elección popular es tan amplio que no se limita solamente a hechos que atentan contra el erario o en virtud de los cuales se obtiene un provecho indebido. De hecho, los casos más emblemáticos que se reseñaron en el barrido jurisprudencial del capítulo anterior fueron los de la entonces senadora opositora Piedad Córdoba y el exalcalde de Bogotá Gustavo Petro, ninguno de los cuales fue investigado por incurrir en actos de corrupción. Sin embargo, la PGN les impuso unas sanciones particularmente draconianas: a la primera, la inhabilitó para ejercer cargos públicos por 18 años, y al segundo, por 15 años.

En el capítulo precedente (*supra* 3.2), vimos que el CE, al estudiar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por Gustavo Petro contra su sanción de destitución e inhabilitación por 15 años, intentó solucionar este problema, señalando que la PGN sí puede imponer sanciones restrictivas de los derechos políticos de servidores públicos electos, solamente cuando se trate de conductas que constituyan actos de corrupción, pues en otros eventos solo puede hacerlo un juez. Sin embargo, vimos también cómo la C. Const. desautorizó expresamente esta tesis, en la sentencia T-433 de 2019.

Pero la pretendida “interpretación sistemática” que propone la Corte del artículo 23 de la CADH con los tratados internacionales de lucha contra la corrupción de los que Colombia es parte tiene otro gran problema que resulta lógica y jurídicamente insalvable.

El artículo 93 de la Const. establece lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado **bloque de constitucionalidad** en los siguientes términos:

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

(Const., 1991, Art. 93)

La CADH, y por supuesto su artículo 23, cumple con las condiciones para hacer parte del bloque de constitucionalidad. En efecto, es un tratado internacional, fue ratificado por el Estado colombiano, versa sobre derechos humanos y prohíbe su limitación en estados de excepción, por expresa disposición del artículo 27 de la CADH. Por lo tanto, el artículo 23 de la Convención Americana prevalece en el orden jurídico interno.

Por su parte, ninguna de las dos Convenciones contra la Corrupción aprobadas por Colombia cumple con las condiciones necesarias para integrar el bloque de constitucionalidad, puesto que si bien es cierto son tratados internacionales que obligan al Estado, no versan sobre derechos humanos cuya limitación esté prohibida en estados de excepción. Ni siquiera en el sentido más amplio del término (bloque de constitucionalidad en sentido lato, según las sentencias C-358 de 1997, C-191 de 1998 y C-582 de 1999) podría considerarse que las Convenciones contra la Corrupción hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Si ello es así, entonces, es claro que el artículo 23 de la CADH prevalece sobre las dos Convenciones contra la Corrupción, en el ordenamiento jurídico colombiano, por expresa disposición del artículo 93 de la Constitución.

En ese orden de ideas, el gran problema interpretativo de la C. Const. radica en que una norma de inferior jerarquía (Convención contra la Corrupción) determina el sentido que debe dársele a la norma que prevalece en el orden interno (artículo 23 de la CADH). Incluso, en la sentencia C-028 de 2006, se habla de “ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional” (C. Const., Sala Plena, C-028, 2006). En otras palabras, la Corte incurre en el contrasentido de estimar que la norma superior es la que debe interpretarse conforme a la norma inferior, cuando lo que en estricta lógica jurídica procede es exactamente lo contrario: que la norma superior condicione la interpretación de la norma inferior.

Por lo tanto, el ejercicio hermenéutico correcto en el caso que nos ocupa no podía ser de ninguna manera el de considerar que como el artículo 8.6 de la CNUCC permite adoptar medidas disciplinarias contra funcionarios que incurren en actos de corrupción, las restricciones a los derechos políticos permitidas por el artículo 23.2 de la Convención Americana deben ampliarse para dar cabida a las sanciones disciplinarias de la PGN. Lo que corresponde por elemental lógica jurídica es exactamente lo contrario: interpretar que el artículo 23.2 de la CADH le impone un límite infranqueable al artículo 8.6 de la CNUCC. En otras palabras, el hecho de que el artículo 8.6 de la CNUCC permita a los Estados parte adoptar medidas disciplinarias contra funcionarios públicos que incurran en actos de

corrupción no implica que esas medidas tengan que consistir, necesariamente, en sanciones severas que impidan ejercer los derechos políticos. Ha de entenderse, entonces, que se pueden adoptar medidas disciplinarias, pero no precisamente las que limitan con severidad los derechos políticos de los ciudadanos, puesto que el artículo 23.2 de la CADH lo prohíbe expresamente.

En suma, el artículo 23 de la CADH, que prevalece en el orden interno, condiciona la interpretación que debe dársele al artículo 8.6 de la CNUCC, no viceversa, como pretende la C. Const.

Siguiendo el orden planteado precedentemente, sería del caso analizar a continuación la interpretación que propone la C. Const. del artículo 23 de la Convención Americana conforme a las demás disposiciones de este mismo tratado. Sin embargo, como quiera que esa interpretación se refiere directamente a las garantías judiciales del artículo 8° de la CADH y a la protección judicial que establece el artículo 25 *ibidem*, por la importancia de estos planteamientos, se les dedicará un acápite aparte no subordinado (4.3 y 4.4).

4.2. Aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte IDH en el contexto colombiano

4.2.1. Del caso López Mendoza vs. Venezuela

En la sentencia SU-712 de 2013, la C. Const. señaló que no es aplicable el precedente del caso López Mendoza vs. Venezuela en la situación colombiana (particularmente al caso de la senadora opositora Piedad Córdoba), teniendo en cuenta que se trata de contextos distintos,

pues mientras la Constitución venezolana exige necesariamente una sentencia judicial para poder aplicar una inhabilidad, en Colombia sí le está permitido imponerla a una autoridad no judicial como el procurador general, según el artículo 277-6 de nuestra Carta Política.

En primer lugar, según se demostró previamente (*supra* 4.1.1), existen otras interpretaciones posibles del artículo 277-6 de la Const., que resultan mucho más plausibles jurídicamente, por la sencilla razón de que la C. Const. no fue consecuente con el principio *pro homine*, toda vez que propuso la interpretación más restrictiva para el efectivo ejercicio del derecho político a ser elegido y la más amplia en relación con los límites permitidos.

En segundo lugar, para tomar la decisión adoptada en el caso López Mendoza vs. Venezuela, no resultó relevante para la Corte IDH (aunque sí se mencionó), lo dicho en la Constitución venezolana. Si se quiere, podría decirse que esa mención fue una *obiter dicta* (dicho al pasar), no una razón fundamental de lo decidido (*ratio decidendi*). Es más, la Corte IDH, en el párrafo 104 de su sentencia, dejó muy en claro que no le correspondía pronunciarse “sobre la interpretación del derecho interno venezolano y, en particular, sobre la compatibilidad o incompatibilidad del artículo 105 de la LOGRSNCF¹¹ con la Constitución de Venezuela” (Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, párr. 104, 2011).

Lo que sí fue fundamental para decidir ese caso fue constatar, a la luz de lo establecido en el artículo 23 de la CADH, que la sanción fiscal impuesta al peticionario Leopoldo López no fue una *condena, por juez competente, en proceso penal*. En efecto, la *ratio decidendi* del

¹¹ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

caso López Mendoza vs. Venezuela, con base en la cual la Corte IDH declaró la violación del derecho a ser elegido, está contenida en su célebre párrafo 107:

El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. (Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, párr. 107, 2011)

De otra parte, sorprende que se diga que en el ordenamiento constitucional colombiano no existe una norma análoga relativa a la reserva judicial para afectar derechos políticos de los ciudadanos, puesto que, además de que las disposiciones de la Convención Americana, entre estas su artículo 23, se integran a la Constitución colombiana por la vía del bloque de constitucionalidad (*supra* 4.1.2), hay otras normas constitucionales que sí consagran una expresa reserva judicial para imponer sanciones que afectan la ciudadanía política. En efecto, el artículo 99 de nuestra Carta Política, a su tenor literal reza: “La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción” (Const., 1991, Art. 99). Esta disposición se complementa con el artículo 98, según el cual

“[l]a ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y **su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley**” (énfasis propio) (Const., 1991, Art. 98).

Incluso, la propia C. Const., en su sentencia T-066 de 2015, ha admitido que los derechos políticos “son instrumentos con los que cuentan los ciudadanos para incidir sobre la estructura y el proceso político de los cuales hacen parte. **Son potestades que surgen en razón de su calidad de ciudadanos**” (énfasis propio) (C. Const., Sala Quinta de Revisión, T-066, 2015).

Por lo tanto, en Colombia sí existe una norma constitucional que impone una estricta reserva judicial para poder suspender el ejercicio de la ciudadanía, que es la “condición previa e indispensable” para el ejercicio de los derechos políticos.

En ese orden de ideas, es cierto que del caso *López Mendoza vs. Venezuela* no se desprenden órdenes concretas contra el Estado colombiano, por la sencilla razón de que no fue parte de ese proceso. Sin embargo, el precedente allí fijado sí resulta totalmente relevante en relación con la interpretación correcta y autorizada del artículo 23 de la CADH, especialmente en lo que atañe a limitaciones de los derechos políticos por parte de autoridades administrativas. La regla allí fijada no puede ser más clara, en el sentido de que la única autoridad facultada para restringir los derechos políticos de los ciudadanos es un funcionario judicial, tal como quedó definitivamente establecido para nuestro contexto nacional en el fallo proferido por la Corte IDH dentro del Caso *Petro Urrego vs. Colombia*.

4.2.2. Del caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos

En las sentencias C-500 de 2014, C-086 de 2019 y C-111 de 2019, la C. Const. colombiana se sirve del fallo proferido el 6 de agosto de 2008 por la Corte IDH dentro del Caso Castañeda Gutman vs. México, para apuntalar su tesis de que las restricciones a los derechos políticos establecidas en el artículo 23.2 de la CADH no son las únicas que la Convención Americana les permite adoptar a los Estados parte.

En el párrafo 166 de esta importante sentencia, la Corte IDH determinó:

El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos. (Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, párr. 166, 2008)

Para la C. Const., en materia de limitación a los derechos políticos, la Corte IDH les reconoce a los Estados parte de la Convención Americana un ámbito de deferencia, en virtud del cual les permite establecer sus propias regulaciones, de acuerdo con las particularidades de su contexto político, social, histórico y cultural. Así, entonces, para el caso colombiano, de acuerdo con su idiosincrasia, es válido otorgarle a una autoridad administrativa como la PGN la facultar de imponer sanciones que afecten los derechos políticos de los funcionarios

elegidos por voto popular. El hecho de que la Corte IDH no haya declarado la violación del derecho político a ser elegido de Castañeda Gutman es, para la C. Const. colombiana, la prueba fehaciente de que el sistema interamericano admite limitaciones a los derechos políticos distintas a las establecidas en el artículo 23.2 de la CADH.

Al respecto, para comprender bien qué quiso expresar la Corte IDH en el caso Castañeda Gutman vs. México, es preciso referirnos al contexto fáctico de la decisión. En esta, el Tribunal del sistema interamericano estudió la solicitud del ciudadano Jorge Castañeda Gutman, que alegó, entre otras, la violación de su derecho a participar en política, debido a que la autoridad electoral mexicana le negó la posibilidad de inscribirse como candidato independiente para aspirar a ser elegido presidente de la República, con fundamento en que la ley electoral (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales) solo les permitía a los partidos políticos inscribir candidatos para cargos de elección popular.

Es en este contexto en el que la Corte IDH admite que no todos los requisitos habilitantes para ejercer los derechos a votar y ser votado están contenidos en el inciso segundo del artículo 23 de la CADH, teniendo en cuenta que el sistema interamericano no puede imponerles a los Estados “(...) un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado” (Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, párr. 166, 2008).

Pues bien, esta referencia necesaria a la flexibilidad en materia de configuración de los sistemas electorales nacionales es clave para entender cómo debe interpretarse el alcance de

las restricciones a los derechos políticos, establecidas en el artículo 23.2 de la CADH. En efecto, en el párrafo 161 de la sentencia en cita, la Corte IDH señaló que “no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana” (Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, párr. 161, 2008).

Es evidente, entonces, que en el fallo del caso Castañeda Gutman vs. México, la Corte IDH alude a deferencia y flexibilidad a la hora de juzgar si los **sistemas electorales** diseñados por los Estados parte de la CADH permiten el libre ejercicio de los derechos políticos, en el marco del sistema democrático. Ello es apenas lógico, puesto que son bastante amplias las opciones que en materia de mecánica electoral puede adoptar un Estado democrático: desde la vinculación a una determinada circunscripción electoral, pasando por la postulación por parte de un determinado tipo de conglomerado social (partido político, comunidad ancestral con sus propios usos y costumbres, grupo significativo de ciudadanos), hasta las fases de la contienda electoral (elecciones primarias, elección directa, balotaje o segunda vuelta).

Sin embargo, del hecho de que la Convención Americana permita cierta flexibilidad y autonomía para que los Estados que son parte de ella diseñen su propia estructura electoral de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales no se sigue que, en materia sancionatoria, exista la misma deferencia. En efecto, una cosa es la arquitectura institucional que puede implementar un Estado en relación con su sistema electoral, que es precisamente de lo que trata el Caso Castañeda Gutman vs. México, y otra muy distinta son las restricciones que se pueden imponer a los derechos políticos a través de un procedimiento

sancionatorio, que es el tema fundamental del Caso López Mendoza vs. Venezuela. Por lo tanto, es claro que los dos casos se ubican en escenarios totalmente diferentes: mientras en el Caso Castañeda Gutman se evalúa una medida particular de mecánica electoral (la postulación exclusiva por parte de partidos políticos para aspirar a un cargo de elección popular), en el Caso López Mendoza se examina la validez de una medida sancionatoria (responsabilidad administrativa declarada por un órgano de control fiscal) como mecanismo para limitar derechos políticos de un ciudadano.

En el caso que nos ocupa, relativo a la facultad de la PGN para inhabilitar a servidores públicos electos, no se puede fundamentar esa potestad sancionatoria recurriendo al Caso Castañeda Gutman, por la sencilla razón de que el poder de imponer sanciones de destitución e inhabilidad general por vía administrativa no tiene nada que ver con los mecanismos de funcionamiento del sistema electoral colombiano. En cambio, el Caso López Mendoza sí es del todo pertinente porque, al igual que la discutida potestad de la PGN, tiene relación con una sanción administrativa capaz de inhabilitar a un ciudadano para ejercer su derecho a participar en política o ser elegido a un cargo de elección popular. En ambos casos, se trata de la inhabilidad para ser elegido (por sanción disciplinaria, en el caso de Colombia, y por responsabilidad administrativa fiscal, en el caso de Venezuela), impuesta por una autoridad administrativa (no judicial): la PGN, en el caso de Colombia, y la Contraloría General de la República, en el caso de Venezuela.

Por lo tanto, la flexibilidad que el sistema interamericano les confiere a los Estados para diseñar e implementar su estructura electoral no constituye fundamento válido para afirmar,

como lo hace la C. Const., que los Estados parte de la Convención Americana pueden adoptar un sistema amplio de sanciones que afecten los derechos políticos. Por el contrario, una lectura intelectualmente honesta del artículo 23 de la CADH y del precedente establecido por la Corte IDH en el Caso López Mendoza vs. Venezuela solo permite llegar a una sola conclusión plausible: en materia sancionatoria, los derechos políticos únicamente pueden ser restringidos por una autoridad judicial, no por un órgano administrativo. En materia de estructura electoral, en cambio, los estados son autónomos para diseñar su arquitectura institucional e implementar el sistema que mejor se ajuste a sus necesidades.

En todo caso, si alguna duda quedara sobre el particular, ya fue completamente despejada, para el contexto colombiano, en la sentencia proferida dentro del Caso Petro Urrego vs. Colombia por la Corte IDH.

4.3. Estándar de garantías judiciales

En las sentencias C-111 de 2019 y T-433 de 2019, la C. Const. aseguró que el proceso disciplinario a cargo de la PGN y la facultad de sancionar a servidores públicos con destitución e inhabilidad general resguarda las garantías judiciales establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana. En la sentencia SU-712 de 2013, citando a la Corte IDH en el fallo proferido dentro del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, se señaló que “las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas” (Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, 2001).

Es cierto que un procedimiento sancionatorio, así no tenga carácter judicial, sino administrativo, debe cumplir con un estándar mínimo de garantías que asegure un debido proceso. Sin embargo, es contraevidente decir que el proceso disciplinario en Colombia cumple a cabalidad con el conjunto de garantías establecido en el artículo 8° de la CADH.

Para empezar, el “juez” competente, en este caso el procurador general de la nación, no es lo suficientemente independiente e imparcial, como aduce nuestro Tribunal Constitucional. Ciertamente, puede que, como órgano de control, la PGN no haga parte del poder ejecutivo y esté dotada de autonomía presupuestal y administrativa. Sin embargo, su origen es parcialmente político, por cuanto el procurador general es elegido por el Senado, de una terna preseleccionada por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el CE (Const., 1991, Art. 276). Podemos reconocerle entonces algún grado de independencia, aunque limitada por su origen en parte político, al procurador general de la nación.

Pero lo que sí resulta verdaderamente problemático es su imparcialidad dentro de un proceso disciplinario que puede llevar a la inhabilidad general de servidores públicos electos. En efecto, de acuerdo con la estructura del proceso disciplinario en Colombia, regido por el CDU (Ley 734 de 2002), el procurador general está facultado para adelantar la investigación, formular pliego de cargos, juzgar con base en su propia acusación y condenar disciplinariamente, imponiendo las sanciones de ley, entre estas la de inhabilitar por muchos años e impedir el acceso del sancionado al poder público. Esto quiere decir que, en el proceso disciplinario colombiano, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal, **no hay una separación de las funciones de investigación y juzgamiento**, circunstancia que también le

reprocha la Corte IDH al estado colombiano en la sentencia Petro Urrego vs. Colombia. Así las cosas, aunque las autoridades judiciales colombianas no se permitan reconocerlo, **en Colombia se puede afirmar con toda propiedad que el procurador general de la nación es juez y parte en el proceso disciplinario, pues asume simultáneamente los roles de investigador-acusador y de fallador-sancionador**, es decir que acusa y califica el mérito de su propia acusación, con el inmenso poder de condenar limitando estrictamente los derechos políticos de los sancionados.

Ahora bien, también resulta contraevidente afirmar, como lo ha hecho la C. Const. colombiana, que el actual procedimiento disciplinario en Colombia asegura íntegramente el conjunto de garantías judiciales del artículo 8° de la CADH.

Para rebatir esta afirmación, basta con constatar que contra una condena disciplinaria dictada por el procurador general no existe el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (CADH, 1960, Art. 8), según la garantía establecida en el literal h) de la Convención. Efectivamente, el Decreto 262 de 2000, que regula la estructura y organización de la PGN, establece en el numeral 17 de su artículo 7° que “[l]os procesos disciplinarios que asuma el Procurador General de la Nación serán de **única instancia**” (énfasis propio) (Decreto 262, 2000, Art. 7). Asimismo, los numerales 21, 22 y 23 de la disposición en cita son claros en atribuirle al procurador general la función de “[c]onocer en **única instancia** los procesos disciplinarios que se adelanten contra...” (énfasis propio) (Decreto 262, 2000, Art. 7) todos aquellos servidores públicos sobre los que recae su potestad disciplinaria, entre

los que se encuentran importantes funcionarios de elección popular como los congresistas y el alcalde mayor de Bogotá.

Hay que advertir, sin embargo, que el Congreso expidió la Ley 1952 de 2019, que crea el nuevo Código General Disciplinario (en adelante CGD), norma que sí garantiza el derecho de apelar la sanción disciplinaria, creando una nueva estructura en la que los procesos que eran competencia del procurador general pasan al conocimiento de la Sala Disciplinaria de la PGN. Por su parte, el procurador general pasará a conocer ahora de esos procesos en segunda instancia. Sin embargo, el artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 prorrogó la entrada en vigencia de este nuevo régimen disciplinario hasta el 1° de julio de 2021.

Estas son apenas dos de las razones por las cuales, más allá del debido proceso que por supuesto debe regir a los dos tipos de procedimiento, no se puede asimilar el proceso disciplinario al proceso penal, con el fin de dotarlos de la misma capacidad para restringir derechos altamente apreciados, como los derechos políticos. Nótese, por ejemplo, que respecto del derecho a la libertad personal, por su trascendencia e importancia en nuestro orden constitucional, no hay duda de que solo puede ser afectado por un juez.

Por lo tanto, al interpretar el artículo 23 de la CADH en concordancia con otras normas de la misma Convención, especialmente con el artículo 8° sobre Garantías Judiciales, no se deduce que la PGN pueda limitar derechos políticos a través de un procedimiento administrativo. Al contrario, como vimos, el estándar de garantías del procedimiento disciplinario es

ostensiblemente inferior al del proceso penal, de ahí que no pueda subrogarlo como mecanismo válido para restringir derechos políticos.

4.4. Recurso judicial efectivo

Para la C. Const., los actos de la PGN pueden ser controlados judicialmente, lo que confiere un mayor grado de protección de los derechos políticos que puedan resultar afectados con sus decisiones.

Es cierto que, en Colombia, la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede revisar integralmente las sanciones disciplinarias impuestas por la PGN. Incluso, en el caso del demandante Gustavo Petro, la máxima autoridad de esa jurisdicción, el CE, declaró la nulidad de la primera sanción impuesta al exalcalde de Bogotá, con ocasión de la ejecución de su política de recolección de basuras, mediante providencia del 15 de noviembre de 2017 (NI 1131-2014).

En esta providencia, el CE adoptó una ingeniosa decisión salomónica, para tratar de ser consecuente con las limitaciones a los derechos políticos permitidas por el artículo 23 de la CADH, y al mismo tiempo respetar la jurisprudencia de la C. Const. y la CNUCC, que en su artículo 8.6 faculta a los Estados parte para adoptar “medidas disciplinarias o de otra índole” (CNUCC, 2003, Art. 8.6) contra la corrupción. El CE resolvió que la PGN “no tiene competencia para imponer una sanción que restrinja los derechos políticos de un servidor público elegido popularmente” (CE, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicado nro. 110010325000 2014-00360, 2017), excepto cuando las faltas disciplinarias se originan

en actos de corrupción. Sin embargo, a pesar de lo resuelto por el CE, debido a la jurisprudencia de la C. Const., la PGN sigue y seguirá restringiendo el ejercicio de los derechos políticos de servidores públicos electos, sancionados disciplinariamente.

En ese orden de ideas, a pesar de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha actuado para proteger derechos de políticos opositores como Gustavo Petro y Piedad Córdoba, tuvo que intervenir la Corte IDH para establecer garantías de no repetición, cuya eficacia dependerá de que la C. Const. acate sin reservas el fallo del 8 de julio de 2020 que resolvió el Caso Petro Urrego vs. Colombia.

Incluso, el CE, en el precitado fallo que resultó favorable a Petro Urrego, dispuso en su parte resolutive exhortar al Gobierno Nacional, al Congreso y a la PGN para que en un plazo máximo de 2 años “implemente las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno...” (CE, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicado nro. 110010325000 2014-00360, 2017). A la fecha, pese a que se cumplió el plazo dado por el CE, esta orden no se ha cumplido ni está remotamente cerca de cumplirse, de ahí que la Corte IDH se haya visto compelida a intervenir en la cuestión, a través de la resolución final del caso Petro Urrego vs. Colombia.

Por lo tanto, resulta ingenuo pensar que un recurso judicial efectivo constituye suficiente garantía para eliminar una práctica administrativa violatoria de los derechos políticos a ser elegido, participar en política y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, cuando

la práctica judicial del máximo órgano de la jurisdicción constitucional en Colombia la sigue avalando y promoviendo, neutralizando el precedente fijado por la Corte IDH en el Caso López Mendoza vs. Venezuela. Esperamos que esta situación cambie con el precedente más explícito y jurídicamente más vinculante, fijado en el Caso Petro Urrego vs. Colombia.

El último argumento de la C. Const. para defender la tesis de que el artículo 23 de la CADH no impide que la PGN pueda destituir e inhabilitar a servidores públicos electos radica en la consideración de que esta facultad en cabeza de una autoridad administrativa (no judicial) cumple fines constitucionalmente legítimos. Como quiera que, precisamente, el cumplimiento de al menos un fin de este tipo constituye uno de los pasos que integran el juicio de proporcionalidad, método a través del cual se realiza el control de convencionalidad, el análisis crítico de este planteamiento se dejará para el siguiente y último capítulo de esta monografía.

5. Control de convencionalidad y juicio de proporcionalidad

5.1. Control de convencionalidad

Con la sentencia de la Corte IDH dentro del Caso Petro Urrego vs. Colombia, aparentemente ha quedado zanjado el debate sobre la competencia de la PGN para imponer sanciones restrictivas de los derechos políticos de servidores públicos electos. Sin embargo, con ocasión de la expedición de dicho fallo, el procurador general de la nación emitió la Circular N° 005 del 1° de septiembre de 2020, a través de la cual aclaró su competencia disciplinaria en relación con dicha providencia del sistema interamericano. Al respecto, resolvió:

PRIMERO. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación con funciones disciplinarias, adelantarán el proceso disciplinario contra servidores públicos de elección popular, así:

1.1 Cuando se trate de posibles faltas gravísimas que impliquen destitución e inhabilidad general, siempre y cuando: i) estas conductas tengan relación con hechos o asuntos constitutivos de corrupción en aplicación de los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción vigentes señalados en la parte motiva de esta circular o ii) se encuadre la conducta objetivamente en una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, previa denuncia o traslado a las autoridades penales para actuar en el ámbito de sus competencias.

1.2 En los restantes procesos que no correspondan a las conductas antes descritas, podrán imponerse sanciones distintas a la destitución e inhabilidad general, mientras se realizan los ajustes normativos que ordenó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 8 de julio de 2020. (PGN, 2020)

Como puede apreciarse, el procurador general ha entendido que aún le asiste la facultad de imponer la sanción de destitución e inhabilidad general contra servidores públicos de elección popular, cuando se trate de hechos constitutivos de corrupción o de conductas que se tipifiquen como delito en la ley penal. Esto, con base en su interpretación de la sentencia de la Corte IDH, de la jurisprudencia nacional de la C. Const. y del CE, y de algunas disposiciones de derecho interno. Este concepto del supremo director del Ministerio Público anticipa un nuevo movimiento de las autoridades colombianas para neutralizar algunos aspectos fundamentales de la jurisprudencia de la Corte IDH, pese a que el fallo del Caso Petro Urrego vs. Colombia, a diferencia del proferido en el Caso López Mendoza vs. Venezuela, obliga explícita y directamente a todas las autoridades colombianas.

Para discernir si la potestad sancionatoria de la PGN, a la luz de la Circular N° 005 de 2020, es legítima como mecanismo para luchar contra la corrupción y el delito, es preciso analizar sus implicaciones prácticas y jurídicas a la luz de un control de convencionalidad.

Para el jurista Alejandro Ramelli, el control de convencionalidad, junto con la invocación de la inoponibilidad de las normas internas de un Estado, es uno de los medios que se emplean para “asegurar la vigencia del principio de supremacía del derecho internacional sobre el interno” (Ramelli, 2019, p. 70). En concordancia con este propósito instrumental, lo define de la siguiente manera: “Entendemos por control de convencionalidad aquel que se ejerce para verificar la conformidad de una determinada disposición constitucional, legal o reglamentaria de un Estado con los principios y obligaciones que se derivan del *corpus iuris* interamericano” (p. 70).

Según la Corte IDH, el fundamento jurídico del control de convencionalidad se encuentra en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. En el artículo 1.1 de la Convención se establece el deber de los Estados parte de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” (CADH, artículo 1.1), además de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona” (artículo 1.1), sin ningún tipo de discriminación. Por su parte, el artículo 2° de la CADH consagra el compromiso de los Estados parte de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (art. 2°). Para la Corte IDH,

[e]ste deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (Corte IDH, Caso Petro Urrego vs. Colombia, párr. 111, 2020)

En relación con la manera como las autoridades judiciales deben aplicar estas disposiciones convencionales, la Corte IDH, en el fallo del Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, usó por primera vez la expresión “control de convencionalidad” en su célebre párrafo 124:

124. La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las

disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párr. 124, 2006)

En el Caso Petro Urrego vs. Colombia, en relación con las facultades sancionatorias de la Procuraduría y la Contraloría, la Corte Interamericana ejerció un control de convencionalidad que no resultó demasiado invasivo, si se tiene en cuenta que no ordenó modificaciones normativas a nivel constitucional. Al respecto, la Corte señaló que los artículos 277.6 y 278.1 de la Const.

admiten la posibilidad de ser interpretados de modo compatible con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1º de la propia Constitución, a condición de entender que la referencia a los funcionarios de elección popular está limitada únicamente a la potestad de vigilancia del Procurador. (Corte IDH, Caso Petro Urrego vs. Colombia, párr. 112, 2020)

Sin embargo, la Corte IDH sí fue explícita en señalar que algunas normas legales, como los artículos 38, 44 y 45 del CDU (*supra* 2.2), el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 y el artículo

5° de la Ley 1864 de 2017 (que creó el tipo penal de elección ilícita de candidatos), son incompatibles con el artículo 23 de la Convención Americana (párrafos 113-116).

Y en relación con las interpretaciones que la C. Const. colombiana ha hecho acerca de las facultades disciplinarias de la PGN (*supra* 3.1), si bien es cierto la Corte IDH señaló que “las mismas no constituyen un riesgo en sí mismo para el ejercicio de los derechos políticos del señor Petro y, por lo tanto, no constituyen una violación al artículo 23 de la Convención” (Caso Petro Urrego vs. Colombia, párr. 117), sí advirtió lo siguiente:

el Tribunal recuerda que del artículo 2 de la Convención se desprende la obligación estatal de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en dicho tratado. En consecuencia, es necesario que la interpretación y aplicación de las facultades disciplinarias se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la Corte recuerda que la interpretación de las normas que disponen las facultades de la Procuraduría o la Contraloría por parte de la Corte Constitucional, y de las demás autoridades del Estado colombiano, deben ser coherentes con los principios convencionales en materia de derechos políticos previstos en el artículo 23 de la Convención y que han sido reiterados en el presente caso. (párrafo 117)

Como puede apreciarse, el nivel de intervención en el ordenamiento jurídico interno que ordena la Corte IDH, en el control de convencionalidad que realizó en el Caso Petro Urrego vs. Colombia, no resulta particularmente intenso, puesto que no se advierte la necesidad de emprender ninguna reforma constitucional. Basta con que las autoridades nacionales

interpreten el artículo 277 constitucional, que consagra las funciones del procurador general, teniendo en cuenta las restricciones impuestas por el artículo 23 de la CADH.

Tal como se reseñó en un acápite precedente de esta disertación (*supra* 3.2), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del CE, en su fallo del 15 de noviembre de 2017, resolvió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por el mismo demandante (Gustavo Petro Urrego) contra la sanción de destitución e inhabilidad general por 15 años que le impuso la PGN. En esta providencia, el CE hizo un ejercicio de control de convencionalidad, en el que admitió la potestad de la PGN para imponer sanciones que restrinjan los derechos políticos de servidores públicos popularmente elegidos, siempre y cuando se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, pues en los demás casos dicha potestad solo puede radicarse en una autoridad judicial. Esta interpretación, sin embargo, fue expresamente desautorizada por la C. Const. (*supra* 3.2).

Si bien es cierto, en el Caso Petro Urrego vs. Colombia, la Corte IDH reivindicó esta interpretación del Consejo de Estado, calificándola como “un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro por parte de la Procuraduría” (Corte IDH, Caso Petro Urrego vs. Colombia, párr. 108, 2020), consideramos que se abre un nuevo debate acerca de la legitimidad de mantener la potestad sancionatoria de la PGN, respecto de servidores públicos electos, como mecanismo de lucha contra la corrupción. Para dilucidarlo, es preciso analizar la cuestión con base en un juicio de proporcionalidad. A continuación, veremos por qué.

5.2. El test de proporcionalidad

5.2.1. ¿Por qué aplicar el juicio de proporcionalidad en esta materia?

El juicio o test de proporcionalidad es una herramienta de análisis que sirve para evaluar la legitimidad jurídica de una medida gubernamental, legislativa o judicial que afecta derechos fundamentales. Su propósito primordial se relaciona intrínsecamente con el control racional y democrático del poder público, en la medida que su función principal es evitar “los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discreción atribuida a la administración” (C. Const., Sala Séptima de Revisión, T-422, 1992). Es aplicable frente a decisiones o resoluciones que afectan el derecho a la igualdad, para justificar el porqué de un trato diferenciado o desigual; frente a actuaciones de la administración pública que tengan impacto social y, en lo que nos interesa, para evaluar la legitimidad de los límites a los derechos fundamentales (Bernal, 2005).

Sobre este último aspecto, el jurista y exmagistrado de la Corte Constitucional Carlos Bernal Pulido señaló que el principio de proporcionalidad se erige como “el límite de los límites” permitidos a los derechos fundamentales. En efecto, de acuerdo con este principio:

(...) En el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino solo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios

que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales. (Bernal, 2005, p. 82).

La aplicación del principio de proporcionalidad al objeto de esta investigación, que se relaciona precisamente con los límites para el ejercicio de los derechos políticos, no solo se justifica desde el punto de vista de la doctrina más avanzada sobre las restricciones válidas a los derechos fundamentales, sino desde las obligaciones internacionales jurídicamente vinculantes que ha adquirido el Estado colombiano en relación con los derechos políticos.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano que supervisa la aplicación y cumplimiento del PIDCP por los Estados que son parte de ese tratado, en su Observación General No. 25, que trata precisamente sobre los derechos políticos, indicó:

Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. (...) El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. (Comité de los Derechos Humanos, 1996)

En relación con las limitaciones permitidas por el artículo 23.2 de la Convención Americana, la Corte IDH, en el fallo que resolvió el Caso Yatama vs. Nicaragua, precisó:

La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue. (Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 206, 2005)

Esta misma idea fue retomada por la Corte IDH en el Caso Castañeda Gutman vs. México, cuando, en relación con los condicionamientos al ejercicio de los derechos políticos, determinó que los Estados están facultados para regular su ejercicio y goce, estableciendo ciertos requisitos habilitantes, “siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional” (Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, párr. 149, 2008).

Es claro entonces que el juicio de proporcionalidad no solo es una herramienta útil, sino que constituye un imperativo jurídico para las autoridades estatales, a la hora de evaluar los límites que se imponen a los derechos políticos. Por estas razones, a continuación, se aplicará el test de proporcionalidad a nuestro objeto de estudio, siguiendo los pasos que lo integran: i) legalidad de la medida, ii) cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo, iii) idoneidad como medio para conseguir ese fin, iv) necesidad de la medida y v) proporcionalidad en sentido estricto.

5.2.2. Legalidad y fines constitucionalmente legítimos

La facultad sancionatoria del procurador general respecto de servidores públicos de elección popular, como vimos (*supra* 4.1.1.), se basa en una interpretación particular que la C. Const. hizo del numeral 6° del artículo 277 de nuestra Carta Política. En desarrollo de esta norma superior, esa potestad sancionatoria está prevista entre las funciones que le confiere el artículo 7° del Decreto 262 de 2000, en sus numerales 16 al 26. Asimismo, también tiene su fundamentación legal en las normas del todavía vigente CDU (Ley 734 de 2002), que consagran el poder disciplinario preferente en cabeza de la PGN (Ley 734, 2002, Art. 3); las clases de sanciones que puede imponer, incluida la de destitución e inhabilidad general (Ley 734, 2002, Art. 44); la definición de dichas sanciones que puede imponer a los servidores públicos, sin importar si son “de carrera o elección” (Ley 734, 2002, Art. 45) y los límites de esas sanciones (Ley 734, 2002, Art. 46)¹².

Tampoco hay ningún reparo en el hecho fácilmente verificable de que esa potestad sancionatoria del procurador sobre funcionarios de elección evidentemente cumple objetivos constitucionalmente legítimos, ligados a los fundamentos y fines esenciales del Estado colombiano, como el respeto de la dignidad humana, la prevalencia del interés general (Const., 1991, Art. 1) y la vigencia de un orden justo (Const., 1991, Art. 2). Tal como ya se expuso al reseñar la jurisprudencia de la C. Const. sobre la materia (*supra* 3.1.5), la potestad sancionatoria del procurador general, además, cumple fines constitucionales tan importantes como la “salvaguarda de la moralidad pública” (C. Const., Sala Plena, C-028, 2006), la lucha

¹² El contenido de los artículos 3, 44, 45 y 46 del CDU se cita textualmente *supra* 2.2.

contra la corrupción (C. Const., Sala Plena, C-086, 2019) y la protección de la dignidad humana y la moral pública (C. Const., Sala Quinta de Revisión, T-433, 2019).

Por lo tanto, este poder de la PGN no solo puede fundamentarse vía interpretación en el ordenamiento jurídico, sino que cumple importantes fines constitucionalmente legítimos.

5.2.3. Idoneidad de la medida como medio para cumplir esos fines

La potestad de la PGN para inhabilitar en el ejercicio de sus derechos políticos a servidores públicos electos no solo cumple objetivos admitidos constitucionalmente, sino que constituye un medio adecuado y eficaz para conseguir esos fines.

En efecto, un proceso sumario de única instancia, como el que adelanta el procurador general en aquellos asuntos que son de su exclusiva competencia (numerales 17, 21, 22, 23 y 24 del artículo 7° del Decreto 262 de 2000), resulta un mecanismo adecuado para salvaguardar la moralidad pública, respecto de aquellos funcionarios que faltan a sus deberes funcionales, causan grave daño a la administración pública o atentan contra el erario. Puede incluso resultar un medio más eficaz que el proceso penal, cuyos tiempos para producir resultados concretos, cuando se sigue todo el procedimiento ordinario (indagación preliminar, investigación y juicio), pueden resultar demasiado extensos, máxime si se tramitan recursos ordinarios (apelación) y extraordinarios (casación) contra el fallo final. Por supuesto, un procedimiento sumario de única instancia puede resultar mucho menos engorroso y producir resultados concretos mucho más rápido.

Por consiguiente, es claro que esa especial potestad sancionatoria de la PGN resulta idónea como medio para conseguir los fines propuestos.

5.2.4. Necesidad de la medida

Dentro del juicio de proporcionalidad, el subprincipio de necesidad exige responder con todo el rigor y la honestidad del caso una pregunta fundamental: ¿es imperiosamente necesaria la medida para cumplir el fin constitucional? Esta pregunta, a su vez, nos remite a otra cuyo propósito es indagar por la existencia de otros medios alternativos que permitan cumplir el mismo objetivo, pero con un menor grado de afectación de los bienes jurídicos en juego: ¿existe otra alternativa posible para cumplir la misma finalidad con una menor afectación de los intereses comprometidos? Si la respuesta a esta pregunta es positiva, la medida propuesta no sería necesaria para cumplir el fin perseguido, precisamente porque cabe una alternativa menos gravosa.

Entonces, las preguntas que debemos hacernos en relación con la restricción a los derechos políticos que la potestad sancionatoria de la Procuraduría comporta son las siguientes: ¿es imperiosamente necesario, como medio para salvaguardar eficazmente la moralidad administrativa y luchar contra la corrupción, otorgarle a un órgano administrativo como la PGN la facultad de sancionar a servidores públicos de elección popular con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos? ¿Existe otro medio menos restrictivo de los intereses en juego, para propender por la moralidad pública y luchar contra la corrupción administrativa?

El único mecanismo de alcance general que apunta al cumplimiento de los mismos propósitos a través de sanciones que pueden afectar, entre otros, los derechos políticos de los ciudadanos es el proceso penal. Cabe preguntarse, entonces, ¿el proceso penal resulta más legítimo que el proceso administrativo disciplinario que adelanta la PGN para restringir los derechos políticos? ¿Por qué el artículo 23.2 de la Convención Americana consagra el proceso penal como el mecanismo sancionatorio por antonomasia para condicionar el ejercicio de los derechos políticos?

El siguiente cuadro, que retoma algunos aspectos previamente analizados (*supra* 4.3), nos permite comparar el estándar de garantías que alcanza uno y otro tipo de procedimiento:

Tipo de proceso	Proceso disciplinario ante la PGN	Proceso penal
Parámetro de comparación		
Tipo de autoridad	Órgano administrativo de control	Autoridad judicial
Nivel de autonomía	Alto: la PGN está dotada de autonomía técnica, presupuestal y administrativa	Alto: la Rama Judicial está dotada de autonomía técnica, presupuestal y administrativa
Nivel de independencia	Medio: en la elección del procurador general intervienen órganos judiciales y políticos en la conformación de una terna. El Senado es quien elige a partir de esa terna	Alto: los jueces penales son elegidos por concurso público de méritos y ostentan su cargo en propiedad. En su defecto, son nombrados en provisionalidad por jueces superiores (magistrados de Tribunal). Los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia son nombrados por cooptación. En cualquier caso, no interviene ninguna autoridad ajena a la Rama Judicial
Garantía de imparcialidad	Baja: no hay separación de las funciones de investigación y juzgamiento. Por lo tanto, el procurador general acusa, practica pruebas, califica el mérito de su propia acusación y decide si absuelve o condena. Dicho sin tapujos, es juez y parte . Este fue, precisamente, uno de los aspectos que más cuestionó la Corte IDH en el fallo del Caso Petro.	Alta: el proceso penal en Colombia se rige por un sistema adversarial, basado en el principio acusatorio, esto es en una estricta separación de las funciones de investigación y juzgamiento. La investigación la adelanta la Fiscalía General de la Nación, que representa al Estado como parte acusadora. El Juicio lo adelanta un juez, que funge como tercero imparcial frente a las dos partes en contienda: fiscalía y defensa

Posibilidad de recurrir	Contra el fallo de única instancia del procurador general solo procede el recurso de reposición ante la misma autoridad (CDU, 2002, Art. 113). Por lo tanto, no se satisface la garantía del artículo 8-h de la CADH. Sin embargo, esta falencia se corrige con el nuevo CGD (Ley 1952, 2019), que entrará a regir el 1° de julio de 2021	Contra el fallo condenatorio de primera instancia procede el recurso ordinario de apelación ante el Tribunal superior. Si la condena se mantiene, procede el recurso extraordinario de casación ante la Sala Penal de la CSJ. Incluso, hoy se reconoce el “principio de doble conformidad”, que admite la posibilidad de impugnar la condena, cuando esta se produce por primera vez en la segunda instancia, es decir cuando el <i>a quo</i> absuelve y el <i>ad quem</i> condena
Atribución de responsabilidad	En materia disciplinaria, se basa en un sistema de tipos abiertos o <i>numerus apertus</i> , con base en el cual se le otorga al operador disciplinario un amplio margen de apreciación para establecer cuáles tipos son dolosos y cuáles, culposos, pues la ley disciplinaria no lo define de antemano (Quintero, 2011)	Se basa en un sistema de tipicidad estricta, en virtud del cual es el tipo penal, no el juez, el que define de antemano si una conducta es dolosa o culposa. Asimismo, en materia penal, es la descripción típica de la conducta la que define previamente la consecuencia jurídica, esto es la sanción que debe imponerse
Discrecionalidad para fijar la sanción	Aunque existen unos criterios para la graduación de la sanción (CDU, 2002, Art. 47), el operador disciplinario tiene una amplia discrecionalidad para moverse entre los límites mínimo y máximo, según el tipo de conducta. En el caso de la inhabilidad general, puede imponer la sanción que estime adecuada, entre los 10 y los 20 años (CDU, 2002, Art. 46)	En el proceso penal, de acuerdo con el artículo 60 del CP, la discrecionalidad para imponer la pena es mucho más limitada, pues el rango de movilidad entre los límites punitivos (mínimo y máximo), que define de antemano el tipo penal, se divide en cuartos. La ley define unas condiciones estrictas para que el juez pueda pasar del 1ro al 2°, 3er y 4to cuarto

Como puede apreciarse, teniendo en cuenta que el estándar de garantías del proceso penal es ostensiblemente superior al del proceso disciplinario, es indudablemente mucho más legítimo restringir bienes jurídicos de alto valor, como el derecho a la libertad personal y los derechos políticos, a través de un procedimiento sancionatorio de tipo penal. No obstante, es precisamente ese alto estándar de garantías, en comparación con el proceso disciplinario, el que hace que este sea más ágil y llegue a su fin más rápido que el proceso penal. ¿Esto justifica, entonces, que deban implementarse sanciones administrativas que afecten derechos

políticos, en tanto pueden producirse más ágilmente, aunque con un precario estándar de garantías? Consideramos que la respuesta a esta pregunta es **no**, porque el legislador colombiano tiene una alternativa tanto o más efectiva que el proceso disciplinario para alcanzar el mismo fin, conservando el estándar de garantías del proceso penal. ¿Cómo? A través del principio de precautelalidad que existe en todo proceso judicial. En el caso del proceso penal, este se cumple a través de las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal (CPP, Ley 906 de 2004).

Como quiera que este planteamiento demanda un desarrollo mucho más profundo que excede el objeto de esta monografía, basta con decir que el legislador colombiano podría ampliar el catálogo de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad con una que permita suspender a un funcionario del ejercicio de la dignidad, cargo o función pública que ostenta. De esta manera, sin importar cuánto pueda durar el proceso penal, el peligro que puede representar para la administración la permanencia en su posición de un servidor público infractor se puede conjurar con una decisión de un juez penal de garantías, susceptible de los recursos de ley, en audiencia de medida de aseguramiento. Nótese entonces cómo, en una sola audiencia que se puede celebrar de manera concentrada junto con la de imputación, se puede lograr el mismo fin de salvaguardar la moralidad pública y luchar contra la corrupción que se pretende alcanzar con las sanciones que se imponen a través de procesos sumarios administrativos.

Por lo tanto, no resulta imperiosamente necesario habilitar sanciones administrativas contra los derechos políticos, con un bajo estándar de garantías, por cuanto el mismo objetivo

constitucional de garantizar la moral administrativa y conjurar los males de la corrupción se puede alcanzar perfectamente a través de la habilitación de una nueva medida de aseguramiento en el marco de un proceso penal, con el lleno de las garantías judiciales que no es capaz de satisfacer el proceso disciplinario. En consecuencia, no se satisface el subprincipio de necesidad, para justificar la potestad sancionatoria de la PGN contra servidores públicos electos como medio de lucha contra la corrupción.

5.2.5. Proporcionalidad en sentido estricto

Si la razón fundamental del principio de proporcionalidad radica en prevenir “los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discreción atribuida a la administración” (C. Const., Sala Séptima de Revisión, T-422, 1992), no debe perderse de vista el riesgo que para nuestra democracia representa el hecho de que un funcionario elegido por las mayorías políticas del Senado pueda destituir e inhabilitar a los servidores públicos elegidos por voto popular que pertenezcan a partidos o afiliaciones políticas minoritarias, con un estándar de garantías tan bajo que le confiere al funcionario administrativo el inmenso poder de ser juez y contraparte, con un amplio margen de discrecionalidad para determinar la gravedad de la conducta, atribuir responsabilidad y fijar el monto de la sanción, y sin ninguna posibilidad para el sancionado, por ahora, de apelar su condena ante una instancia superior.

Si las mayorías del Senado quisieran, podrían arrasarse a las minorías a través de la instrumentalización de un funcionario que les debe el favor de su nombramiento, lo cual se facilita enormemente con la precariedad de garantías del que adolece el proceso disciplinario,

en comparación con el proceso penal. Incluso, podría sacarse del juego democrático a las nuevas fuerzas políticas que surgieron con ocasión del proceso de paz con las FARC.

En suma, es demasiado grande el riesgo para el sistema democrático, para el respeto de la voluntad de las mayorías que votan por su representante y para la legitimidad del sistema político, en comparación con los beneficios que se obtienen en aras de la lucha contra la corrupción y en pro de la moralidad administrativa.

Por consiguiente, la potestad del procurador general que le permite sancionar a otros servidores públicos con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos tampoco satisface los requerimientos del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Esto nos lleva, entonces, a nuestra última crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional: de acuerdo con lo expuesto, el cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo **no** es una condición suficiente para establecer la validez y razonabilidad de una restricción a los derechos políticos. La Corte debió haber agotado estrictamente todos los pasos que componen el test de proporcionalidad, para justificar la razonabilidad de la medida sancionatoria en cabeza de procurador general.

CONCLUSIONES

No cabe duda de que, en nuestro ordenamiento jurídico (como corresponde a toda nación que se precie de ser un auténtico Estado de Derecho), los derechos políticos tienen una importancia fundamental en el mantenimiento y desarrollo del sistema democrático, y en la preservación y ejercicio de los derechos más fundamentales de la persona humana. Si ello es así y si somos consecuentes con el principio *pro homine*, las garantías para su ejercicio efectivo deben maximizarse, mientras que sus posibles y necesarias restricciones deberían reducirse al máximo.

De acuerdo con ello, es de esperar que, en un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es Colombia, exista una relación de proporcionalidad directa entre la importancia de un bien jurídico objeto de protección y el estándar de garantías de los mecanismos que se adopten para limitarlo: a mayor importancia del bien jurídico, mayores tienen que ser las garantías que deban salvaguardarse para poder restringirlo, máxime si se trata de un procedimiento de índole sancionatorio. Es el caso, por ejemplo, del derecho fundamental a la libertad, que, además de una estricta reserva legal de las causales por las cuales puede limitarse, exige una estricta reserva judicial para aplicar dichas causales: solo un juez y nada más que un juez puede ordenar la privación de la libertad de una persona o avalar la que efectúe un particular o un agente de la fuerza pública.

Tal es la lógica que, consideramos, subyace a la redacción del artículo 23 de la Convención Americana, especialmente de su inciso segundo, que consagra las posibles limitaciones que admiten los derechos políticos.

Sin embargo, la C. Const. ha validado que a través de un proceso disciplinario, instruido, calificado y juzgado por una misma autoridad administrativa (no judicial) como la PGN, se puedan limitar severamente los derechos a ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en Colombia. Es más grave aún, cuando esta potestad sancionatoria se ejerce contra servidores públicos elegidos popularmente, puesto que ya no solamente entran en la ecuación los derechos políticos de esa persona, sino los de los ciudadanos que la eligieron legítimo representante de la voluntad popular expresada en las urnas.

De las razones esgrimidas por la C. Const. en su jurisprudencia para justificar que exista semejante forma de control administrativo a los derechos políticos de los ciudadanos, no hay ninguna que tenga la consistencia jurídica suficiente.

Por ejemplo, no es cierto que exista una interpretación única del artículo 277-6 de la Const., que permita deducir clara e inequívocamente la potestad del procurador general de inhabilitar políticamente a los servidores públicos electos. De hecho, existen otras mucho más consecuentes con el principio *pro homine*, como la adoptada por el CE al restablecer los derechos políticos del ciudadano Gustavo Petro, que respaldó la Corte IDH precisamente en el fallo proferido en el Caso Petro Urrego vs. Colombia, calificándola como un ejercicio adecuado del control de convencionalidad, para reivindicar los derechos políticos afectados.

De otra parte, el hecho de que el artículo 8.6 de la CNUCC le permita a Colombia la posibilidad de implementar medidas disciplinarias contra la corrupción no implica que esta disposición condicione el ámbito de aplicación de una norma de superior jerarquía como el

artículo 23.2 de la CADH, que prevalece en el orden jurídico interno por integrar el bloque de constitucionalidad. Al contrario, es el artículo 8.6 de la CNUCC el que debe interpretarse conforme a las restricciones que el artículo 23.2 de la Convención Americana establece para los derechos políticos.

El Caso López Mendoza vs. Venezuela sí es aplicable y del todo pertinente para establecer la validez jurídica de las sanciones disciplinarias de la PGN que afectan los derechos políticos de funcionarios electos: en ambos casos, se trata de inhabilitación política de ciudadanos por sanciones administrativas impuestas por órganos no judiciales. En cambio, el Caso Castañeda Gutman vs. México no resulta pertinente para ampliar el ámbito de posibles limitaciones a los derechos políticos en materia sancionatoria, por cuanto trata acerca de la libertad política de los Estados, pero para implementar su propio sistema electoral, no para establecer cualquier tipo de sanción contra la ciudadanía política de las personas.

Si bien es cierto un proceso administrativo sancionatorio debe cumplir con un mínimo de garantías judiciales para ser considerado un debido proceso, ese estándar de garantías no resulta en manera alguna equiparable a un proceso penal para constituir un mecanismo legítimo de restricción de los derechos políticos de las personas. En efecto, aunque el procurador general pueda considerarse autónomo, no es del todo independiente, dado que su elección es parcialmente política. Pero lo más preocupante es que adolece de un bajo nivel de imparcialidad, que se expresa en el hecho de ostentar simultáneamente las calidades de investigador, contraparte acusadora y juez sancionador, con escasos límites para determinar la naturaleza de las conductas, el grado de responsabilidad y la magnitud de las sanciones.

Además, el fallo sancionatorio que profiera, con capacidad de incidir severamente en el ejercicio de los derechos políticos de una persona, todavía no es susceptible del recurso de apelación, esto es de la posibilidad de ser revisado por una instancia superior a quien sanciona.

Aunque todo este debate que se suscitó a nivel interno ha quedado suficientemente zanjado con el fallo proferido por la Corte IDH dentro del Caso Petro Urrego vs. Colombia, que obliga internacionalmente a todos los órganos estatales, existe la preocupación de que algunas autoridades nacionales insistan en neutralizar aspectos fundamentales de la jurisprudencia interamericana sobre limitación de derechos políticos por vía administrativa, como ocurrió cuando la Corte Constitucional rehusó darle el alcance que correspondía al precedente fijado dentro del Caso López Mendoza vs. Venezuela. De hecho, el procurador general ya impartió unas directrices para aplicar el fallo de la Corte IDH que obliga a Colombia, considerando que sus facultades para imponer las sanciones de destitución e inhabilidad general contra servidores públicos de elección popular se mantienen intactas, cuando se trate de hechos relacionados con corrupción o conductas tipificadas como delito.

El hecho de que la afectación de la ciudadanía política que se impone a través de sanciones disciplinarias de la PGN cumpla un fin constitucionalmente legítimo, como la lucha contra la corrupción, es una condición necesaria, mas no suficiente, para constituir una limitación razonable de los derechos políticos. Es imprescindible que este mecanismo sancionatorio cumpla completamente con la totalidad de los requisitos del juicio de proporcionalidad que determinan su validez: i) debe estar previsto en la ley, ii) cumplir un objetivo legítimo avalado

por la Constitución, iii) ser adecuado como medio para lograr ese fin, iv) ser imperiosamente necesario para la consecución de dicho propósito y v) ser proporcional en estricto sentido, esto es que no sacrifique o arriesgue demasiado bienes jurídicos valiosos, en comparación con los beneficios derivados de su implementación.

En este caso, se admite que la limitación de la ciudadanía política a través de sanciones administrativas de la PGN puede tener algún respaldo en la Constitución y en la ley, aunque por medio de una particular vía interpretativa avalada por la Corte Constitucional. Asimismo, también se debe aceptar que este mecanismo sancionatorio cumple un fin constitucionalmente legítimo, ligado a la salvaguarda de la moralidad administrativa y el adecuado ejercicio de la función pública, así como a la lucha siempre loable contra los estragos de la corrupción. También es una medida que puede resultar adecuada y eficaz como medio para cumplir esos legítimos propósitos.

Sin embargo, no resulta imperiosamente necesario sacrificar en tal grado valores supremos ligados a la integridad de nuestra democracia, por cuanto es perfectamente factible adoptar otro tipo de medidas que cumplan esos mismos propósitos, sin afectar tanto el estándar de garantías del procedimiento sancionatorio con capacidad de afectar los derechos políticos. En efecto, bastaría con ajustar un poco las medidas cautelares que hoy existen en el proceso penal para lograr la misma finalidad, de manera incluso más eficiente y sin sacrificar tan severamente las garantías judiciales.

Finalmente, esta potestad sancionatoria de la PGN implica un riesgo demasiado alto para la democracia, especialmente para los derechos de las minorías políticas, de ahí que el beneficio que pueda derivarse de actuar a través de un proceso sumario de única instancia no compense suficientemente esos riesgos ni los que se derivan de aceptar que una persona sea juzgada con un precario estándar de garantías judiciales, que no se compara con las de un proceso penal.

Por lo tanto, al no superar el test de proporcionalidad, concluimos que las limitaciones de la ciudadanía política a través de sanciones disciplinarias de la PGN **no** constituyen un mecanismo razonable ni legítimo para luchar contra la corrupción, conforme al estándar universal e interamericano de protección de los derechos humanos.

Referencias

- Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. (1a ed.). S.L. Civitar ediciones.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Comité de los Derechos Humanos de la ONU. (1996). Observación General N.º 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25—La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto [Página de biblioteca]. Comentarios generales del Comité de Derechos Humanos. <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>
- Concha, M. (1994). *Los derechos políticos como derechos humanos* (1a ed.). UNAM.
- Consejo de Estado [CE], Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (9 de agosto de 2016) Número de referencia 110010325000 2011-00316, Número interno 1210-11. [CP William Hernández Gómez]
- Consejo de Estado [CE], Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (15 de noviembre de 2017) Radicado nro. 110010325000 2014-00360, No. interno 1131-2014. [CP César Palomino Cortés]
- Constitución Política de Colombia [Const.]. 1991. (Colombia).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]. 22 de noviembre de 1969.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [CNUCC]. 31 de octubre de 2003.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 27 de mayo de 1969.
- Convención Interamericana contra la Corrupción [CICC]. 29 de marzo de 1996.
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Cuarta de Revisión. (28 de mayo de 2004) Sentencia T-544. [MP Jaime Córdoba Triviño]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Plena. (25 de mayo de 1995) Sentencia C-229. [MP Alejandro Martínez Caballero]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Plena. (14 de abril de 1999) Sentencia C-222. [MP José Gregorio Hernández Galindo]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Plena. (26 de enero de 2006) Sentencia C-028. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Plena. (17 de octubre de 2013) Sentencia SU-712. [MP Jorge Iván Palacio]

- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Plena. (16 de julio de 2014) Sentencia C-500. [MP Mauricio González Cuervo]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Plena. (11 de junio de 2015) Sentencia SU-355. [MP Mauricio González Cuervo]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Plena. (24 de octubre de 2018) Sentencia C-101. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Plena. (27 de febrero de 2019) Sentencia C-086. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Plena. (13 de marzo de 2019) Sentencia C-111. [MP Carlos Bernal Pulido]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Quinta de Revisión. (16 de febrero de 2015) Sentencia T-066. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Quinta de Revisión. (24 de septiembre de 2019) Sentencia T-433. [MP Antonio José Lizarazo Ocampo]
- Corte Constitucional [C. Const.], Sala Séptima de Revisión. (19 de junio de 1992) Sentencia T-422. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2 de febrero de 2001) Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (23 de junio de 2005) Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (26 de septiembre de 2006) Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (6 de agosto de 2008) Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (1 de septiembre de 2011) Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (8 de julio de 2020) Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Cuadra, H. (1994). Los derechos humanos como derechos políticos en su dimensión internacional. En H. Cuadra, *Los derechos políticos como derechos humanos*. Centro de Estudios Interdisciplinarios en Humanidades, UNAM.
- Decreto 262 de 2000 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios

del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos. 22 de febrero de 2000.

García, J. (1993). Elecciones, derechos políticos y transición a la democracia. *Tendencias contemporáneas del derecho electoral en el mundo-Memoria II Congreso internacional de derecho electoral* (págs. 50-53). UNAM.

Ley 5 de 1992. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes. 17 de junio de 1992. DO. No. 40483.

Ley 599 de 2000. Código Penal [CP]. 24 de julio de 2000. DO. No. 44097.

Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. 15 de agosto de 2000. DO. No. 44133.

Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único [CDU]. 13 de febrero de 2002. DO. No. 44708.

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal [CPP]. 31 de agosto de 2004. DO. No. 45658.

Ley 1864 de 2017. Mediante la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática. 17 de agosto de 2017. DO. No. 50328.

Ley 1952 de 2019. Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario [CGD], se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. 28 de enero de 2019. DO. No. 50850.

Ley 1955 de 2019. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. 25 de mayo de 2019. DO. No. 50964.

López, D. (2002). *Interpretación constitucional*. Universidad Nacional de Colombia.

López, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2 ed.). Legis.

Novena Conferencia Internacional Americana. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2001). Carta Democrática Interamericana [CDI].

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]. 16 de diciembre de 1966.
- Pinto, M. (2004). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En M. Abregú, & C. Courtis (Edits.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (págs. 163-173). Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.
- Procuraduría General de la Nación [PGN]. (2020). Circular No. 005.
- Quintero, L. (mayo-agosto de 2011). Tipicidad en materia disciplinaria: tipos abiertos y *numerus apertus*. *Revista Diálogos de Derecho y Política*, Nro. 7. Universidad de Antioquia.
- Ramelli, A. (2019). Diálogos entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales latinoamericanos. Tirant lo Blanch.
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española*. Real Academia Española.
- Reyes, J. (2009). La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 23(1), 147-174. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/471>
- Vašák, K. (noviembre de 1977). La larga lucha por los derechos humanos. *El Correo de la Unesco: una ventana abierta al mundo*.

Lista de abreviaturas

Institucionales

C. Const.	Corte Constitucional
CE	Consejo de Estado
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJ	Corte Suprema de Justicia
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PGN	Procuraduría General de la Nación

Normativas

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
CDI	Carta Democrática Interamericana
CDU	Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)
CGD	Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019)
CICC	Convención Interamericana Contra la Corrupción
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
Const.	Constitución Política de Colombia
CP	Código Penal (Ley 599 de 2000)
CPP	Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
LOCGRSNCF	Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (Venezuela)