

Límites competenciales de la Procuraduría General de la Nación para sancionar servidores públicos de elección popular en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Casos emblemáticos en Colombia.



UNIVERSIDAD DE
MANIZALES®
Acreditación Institucional
de Alta Calidad
Resolución 4792 del 15 de mayo de 2019

Eliana Andrea Barco Martínez
Marilyn Adriana Montes Gutiérrez

Universidad de Manizales
Facultad de Ciencias Jurídicas
Escuela de Derecho
Manizales
2020

Límites competenciales de la Procuraduría General de la Nación para sancionar servidores públicos de elección popular en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Casos emblemáticos en Colombia.



UNIVERSIDAD DE
MANIZALES®
Acreditación Institucional
de Alta Calidad
Resolución 4792 del 15 de mayo de 2019

Eliana Andrea Barco Martínez

Marilyn Adriana Montes Gutiérrez

Proyecto presentado como requisito de grado para optar al título de Abogada

Director

Juan Pablo Rodríguez Cruz

Universidad de Manizales
Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

Manizales

2020

Contenido

1. Resumen.....	5
2. Abstract	6
3. Introducción	7
4. Planteamiento del problema.....	9
4.1.Pregunta de investigación.....	16
5. Objetivos	16
5.1.General.....	16
5.2.Específicos	17
6. Justificación	17
7. Marco de referencia	18
7.1.Normatividad	18
7.2.Jurisprudencia	21
7.3.Doctrina	25
8. Marco metodológico	28
8.1.Enfoque.....	28
8.2.Unidad de análisis.....	28
8.3.Técnicas e instrumentos.....	29
9. Desarrollo de la investigación.....	29
9.1. Naturaleza jurídica del servidor público de elección popular y su ubicación en la estructura de la función pública y la importancia del principio democrático	29
9.2. Competencia de la Procuraduría para sancionar empleados públicos en el contexto del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.....	36

9.3. Consecuencias actuales de la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la potestad sancionadora del Estado Colombiano 42

10. Conclusiones 49

11. Recomendaciones..... 50

12. Referencias..... 53

1. Resumen

Este trabajo tiene por objeto indicar algunas vicisitudes legales en torno a los límites competenciales de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos electos por voto popular según el alcance e interpretación jurisprudencial del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para ello, mediante una metodología de orden cualitativo y enfoque hermenéutico, se estudiará: (i) la naturaleza jurídica del servidor público de elección popular y su ubicación en la estructura de la función pública y la importancia del principio democrático; (ii) la competencia de la Procuraduría para sancionar empleados públicos en el contexto del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, (iii) examinar las consecuencias actuales de la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la potestad sancionadora del Estado Colombiano.

El desarrollo de la investigación permite identificar la tensión jurídica producto de la ausencia de reforma de las normas disciplinarias de carácter sancionador, la cual se concreta en la discusión sobre si la Procuraduría pierde o no competencia disciplinaria que pueda llevar a destitución e inhabilidad de funcionarios elegidos por voto popular.

Palabras claves: servidor público, elección popular, potestad sancionadora, convencionalidad.

2. Abstract

The purpose of this paper is to analyze the limits to the powers of the Attorney General's Office to sanction public servants, elected by popular vote, in the framework of Article 23 of the American Convention on Human Rights and the jurisprudence of the Council of State between 2010 and 2019.

To this end, using a qualitative methodology and a hermeneutic approach, it studies: (i) the legal nature of the public servant elected by popular vote and his or her place in the structure of the public service and the importance of the democratic principle; (ii) the competence of the Procurator General's Office to sanction public employees in the context of Article 23 of the American Convention on Human Rights; and, (iii) the content and implications of Article 23 of the American Convention on Human Rights, with respect to the Council of State's pronouncements between 2010 and 2019 on the sanctioning power of the Colombian State.

The development of the investigation allows for the identification of the legal tension resulting from the absence of reform of the disciplinary norms of a punitive nature, which is made concrete in the discussion on whether or not the Procurator loses disciplinary competence that could lead to the dismissal and incapacitation of officials elected by popular vote.

Keywords: public servant, popular election, sanctioning power, conventionality.

3. Introducción

Este escrito tiene por objeto indicar algunas vicisitudes legales en torno a los límites competenciales de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos electos por voto popular. Lo anterior, a partir de la interpretación y aplicación jurisprudencial del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para ello se toma como referencia los casos de servidores públicos de elección popular Gustavo Petro Urrego y Piedad Córdoba Ruiz. Este escenario de discusión da pie a valorar diferentes cuestiones en clave de (i) la naturaleza constitucional y legal del servidor público de elección popular, el derecho a elegir y ser elegido y la participación ciudadana; y, (ii) la tensión que deviene del régimen sancionatorio de carácter disciplinario al que este tipo de servidores se encuentra sujeto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el carácter que revisten los derechos políticos otorgan fundamento a la participación ciudadana en la dirección de los asuntos públicos que atañen al país, ya sea directamente o a través de representantes; y a su vez, de formar parte de los procesos políticos democráticos para la construcción de los gobiernos. De allí, que la mencionada tensión da lugar a considerar cómo las decisiones sancionatorias de la Procuraduría, en cuanto a servidores públicos electos popularmente, pueden llegar a limitar sus derechos políticos, cuestión que sólo debe ser consecuencia de una condena impuesta por un juez competente en un proceso penal y no por una autoridad administrativa.

Con base en lo anterior, se vislumbra todo un contexto en el cual se identifica en qué momentos es competente la Procuraduría General de la Nación para adelantar procesos disciplinarios en contra de los servidores públicos que han sido elegidos por voto popular y la tensión existente con la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; para ello, este trabajo aborda: (i) la naturaleza jurídica del servidor público de elección popular y su ubicación en la estructura de la función pública y la importancia del principio democrático; (ii) la competencia de la Procuraduría para sancionar empleados públicos en el contexto del artículo 23

de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, (iii) el contenido y las implicaciones actuales del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el primer elemento mencionado, se realiza un recuento donde se explicita desde el orden constitucional y normativo el carácter legal del servidor público de elección popular, y cómo se enmarca allí el principio democrático con ocasión del derecho a elegir y ser elegido. Seguidamente, para el segundo objetivo se establecen algunos supuestos en torno a la competencia del mencionado órgano de control para que este pueda sancionar en los términos del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, por último, se indican implicaciones actuales del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos a partir de la decisión del Caso Petro.

4. Planteamiento del problema

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, la vinculación laboral con el Estado corresponde, por regla general, a empleos de carrera administrativa. Como excepción ante este tipo de modalidad, el legislador excluyó los cargos de elección popular, aquellos de libre nombramiento y remoción, así como a los trabajadores oficiales. Lo anterior, sin perjuicio de cualquier otro que sea legalmente exento del mencionado régimen. En lo concerniente a los servidores públicos de elección popular, se reconoce que esta modalidad es una manifestación del principio democrático y el derecho a elegir y ser elegido, en los términos del artículo 40 de la Carta Política, numerales uno y dos, en concordancia con el artículo 23 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, numeral uno, literal b.

En estas dos normas hay una concordancia en cuanto a la posibilidad que tienen los ciudadanos de ejercer la democracia, reflejada en el ejercicio del poder mediante unos representantes, que tienen como finalidad velar por los derechos y sus intereses colectivos. No obstante, ello no les exonera de la posibilidad de ser sancionados por el incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales o por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, entre otras causales. El Estado cumple la potestad sancionatoria de carácter disciplinario a través de varias instituciones, entre ellas, la Procuraduría General de la Nación, ente autónomo de creación constitucional con función disciplinante sobre el actuar de los servidores públicos. Este órgano de control, es de carácter administrativo y sus funciones se encuentran en el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia. En el caso concreto el numeral seis, indica la necesidad de “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.

Ahora bien, la Convención Americana de los Derechos Humanos establece un marco de acción a los legisladores de cada Estado, posibilitando los límites a los derechos políticos sin discriminar por razones de sexo, edad, nacionalidad etc.; Y encarga la limitación del ejercicio de estos derechos al juez competente en el proceso penal. Es así como el artículo 23 de esta convención indica:

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.

Bajo esa perspectiva, si se realiza un análisis formal, de simple comparación entre la normatividad interna colombiana y el artículo 23 de la Convención, se puede advertir *prima facie* una contradicción respecto a la competencia para sancionar a los servidores públicos electos por voto popular. Dado el marco conceptual establecido, es oportuno realizar un rastreo en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema, y resolver la contradicción formal ya señalada, desde una postura crítica y constructiva. Uno de los primeros antecedentes, incluso de alta repercusión mediática y social, fue el de la ex senadora Piedad Córdoba, caso en el que el Consejo de Estado mediante providencia del nueve de agosto de 2016 (proceso con radicación nº 11001032500020110031600), declaró la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación y se impuso una sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 18 años. Debe recordarse que se sancionaron hechos que no estaban relacionados con actos de corrupción.

Después de seis años, la ex Senadora Córdoba fue absuelta por el Consejo de Estado con una decisión sustentada en una violación flagrante al debido proceso en materia probatoria y una falsa motivación de los actos sancionatorios proferidos por parte de la entidad que le sancionó

disciplinariamente. En cuanto a la función disciplinaria, se resalta un aparte jurisprudencial del Consejo de Estado:

En efecto, los actos proferidos en ejercicio de la función disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación, son actos que no gozan de los atributos de independencia e imparcialidad, porque dicha potestad se ejerce a partir de una estructura de delegación piramidal o escalonada, en cuya cabeza se encuentra el Procurador General de la Nación, quien de conformidad con el artículo 7, ordinal 2.º del Decreto 262 de 2000, tiene la competencia para formular políticas generales y criterios de intervención en materia de control disciplinario. (Consejo de Estado, Sala Plena, 2016).

Posteriormente, se generó una de las grandes controversias de orden político y jurídico con el ex alcalde mayor de Bogotá D.C., Gustavo Petro Urrego, cuyos hechos, al igual que la ex senadora Córdoba, no estaban asociados con corrupción. Situación resuelta por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre del año 2017 (proceso con radicación nº 110010325000201400360 00), mediante la cual se declara la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación, a través de los cuales se impuso una sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años. El Consejo de Estado, después de casi 4 años, resolvió en favor del Exalcalde Gustavo Petro Urrego, con fundamento en la falta de competencia, violación al debido proceso y violación al principio de tipicidad de la falta disciplinaria, la cual guarda relación con el principio de legalidad.

En sus consideraciones jurídicas, advierte la máxima autoridad contenciosa administrativa que existe una incompatibilidad entre el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y concluyó que la Procuraduría General de la Nación, en este caso, no tenía la facultad para destituir e inhabilitar al señor Gustavo Petro, por tratarse de hechos no relacionados con corrupción, es decir, señala que los servidores públicos electos por voto popular no se les puede sancionar por parte de la Procuraduría, excepto cuando se trate de actos que se puedan considerar como de corrupción. El Consejo de Estado en la sentencia del caso Petro indicó lo siguiente sobre la facultad sancionatoria de la Procuraduría cuando se trate de casos de corrupción:

Conforme con lo dicho, la Procuraduría General de la Nación mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular. No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor. (Consejo de Estado, Sala Plena, 2017).

Y aunque el Consejo de Estado ratificó la competencia general en materia disciplinaria del Ente de control, destaca que hace un frágil intento por cumplir lo dispuesto en la normatividad internacional frente a la restricción de los derechos políticos, razón por la cual limita su ejercicio al poder investigar y sancionar con destitución e inhabilidad a un servidor público de elección popular cuando se trate solo de delitos relacionados con corrupción o conexos al mismo. De tal manera que la Alta Corporación decidió:

Sexto: exhortar al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en un plazo, no superior a dos (2) años, contado a partir de la notificación de esta providencia, 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, con fundamento en las consideraciones emitidas y la ratio decidendi de esta sentencia. (Consejo de Estado, Sala Plena, 2017).

Después del exhorto, han pasado más de dos años desde que se conminó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República y, a la fecha, no existe siquiera proyecto de Ley que armonice la normatividad interna con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que se traduce en una omisión legislativa que puede vulnerar los derechos fundamentales de los servidores públicos electos por voto popular y los mismos electores, dada la incertidumbre normativa. Sobre el tema, también la Corte Suprema de Justicia, en sentencia

que a continuación se cita, señaló la importancia de la aplicación directa de la Convención Americana de Derechos Humanos a través del control de convencionalidad lo siguiente:

En consecuencia, la Corte hará el control constitucional inherente a la acción de tutela, así como también el de convencionalidad, dimanante del bloque de constitucionalidad, según lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a los países suscriptores de ese instrumento de procurar armonizar el ordenamiento interno al mismo, para evitar cualquier disonancia entre uno y otro. De esta manera, las reglas de aquella normatividad deben observarse en asuntos como éste, so pena de incumplir obligaciones internacionales. Por tanto, es menester tener en consideración las prerrogativas a las “garantías judiciales” y a la “protección judicial”, según las cuales, una persona podrá acudir ante las autoridades jurisdiccionales competentes para obtener la pronta y eficaz resolución de sus litigios (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 21575-2017).

Como lo indicó la Corte Suprema, a través del control de convencionalidad se deben aplicar de manera directa las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, si se determina que en el orden interno las disposiciones legales o incluso Constitucionales no están en armonía con la convención. Ahora bien, el Consejo de Estado en una reciente jurisprudencia ratificó la competencia y/o facultad de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos electos por voto popular, siempre y cuando, los hechos que se investiguen tengan que ver con actos de corrupción y en ese caso en particular, por violaciones a derechos humanos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A Rad. 11001-03-25-000-2012-00276-00(1016-12)).

Al hacer referencia a actos de corrupción, el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señaló que la conducta debe tener relación con lo prescrito en la Convención Americana de Derechos Humanos Contra la Corrupción, suscrita por Colombia el 29 de marzo de 1996, aprobada mediante Ley 412 de 1997 y declarada exequible mediante sentencia de la Corte Constitucional C- 397 de 1998.

El Máximo Tribunal Administrativo, a través de la sentencia del caso Petro, y de la citada con anterioridad del año 2018, proferida por la Sección Segunda, señala con claridad que la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos electos por voto popular se mantiene, siempre y cuando los hechos que se investiguen tengan que ver con actos de corrupción, aunado a violaciones de derechos humanos. Es menester entonces dilucidar qué son actos de corrupción, para ello se acude al criterio de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-397 de 1998:

El contenido del artículo VI de la Convención que se revisa, compromete a los países signatarios a incluir en sus legislaciones internas, como delitos, varias conductas que por sus características constituyen actos de corrupción, conductas cuyos elementos esenciales constitutivos, per-se, son violatorios de principios fundamentales del Estado social de derecho, e impiden la realización de los fines esenciales del mismo, entre ellos la prevalencia del interés general y la promoción de la prosperidad de la sociedad. Ello hace que su inclusión como tipos penales en nuestra legislación interna, encuentre fundamento en los artículos de la Constitución. Encuentra también la Corte, que los actos de corrupción a los que hace referencia la norma de la Convención analizada, coinciden en su descripción con los tipos penales que como delitos contra la administración pública consagra el Código Penal Colombiano, lo que hace que el compromiso que para nuestro país se deriva del contenido del artículo VII de la Convención de la misma, esté ya realizado. En esa perspectiva, el artículo VI del instrumento multilateral objeto de control de constitucionalidad, se ajusta en todo al ordenamiento superior de nuestro país.

Finalmente, el rastreo jurisprudencial trae una de las más recientes sentencias, proferida esta vez por la Corte Constitucional. La sentencia C-111 del 2019, con salvamento de voto del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, que deja incólume la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos electos por voto popular. Sin embargo, se puede advertir, al menos de manera preliminar, que dicha Corporación, interpretó la Convención Americana de Derechos Humanos en contra de la línea jurisprudencial de la propia Comisión Americana y de la Corte Interamericana.

La Corte Constitucional, conforme al artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, es la autorizada para interpretar y dar alcance a la Constitución y establecer si una Ley o un acto administrativo con fuerza de Ley contraría o no la Carta Política; pero en todo caso, se advierte un choque interpretativo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre quién es el órgano autorizado para cerrar la discusión. En el apartado 127 y 128 del informe final Gustavo Petro vs Colombia, la Comisión Americana de Derechos Humanos, dejó consignado de manera contundente que:

127. Finalmente, la Comisión no deja de notar que la defensa principal del Estado colombiano es que la Corte Constitucional ya analizó la posibilidad de que el Procurador General de la Nación inhabilite por la vía disciplinaria y estableció que la misma no viola la Convención Americana. Al respecto, la CIDH recuerda que es a los órganos del sistema interamericano a quienes les corresponde interpretar la Convención Americana y, por lo tanto, determinar si dicha interpretación judicial es conforme a dicho instrumento internacional. En el presente caso, la determinación de la Corte Constitucional invocando el artículo 23 de la Convención resulta incompatible a la luz de dicho artículo, tal como ya determinaron ambos órganos del sistema interamericano en el caso López Mendoza vs. Venezuela, y se reitera en esta oportunidad.

128. En virtud de las anteriores consideraciones, la CIDH concluye que el Estado colombiano es responsable por la violación de los artículos 23.1 y 23.2 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de Gustavo Francisco Petro Urrego. Específicamente, la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, se configura por la vigencia y aplicación al caso de las normas de la Constitución Política y del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular, así como de la reciente penalización de la conducta de ser elegido estando inhabilitado mediante decisión disciplinaria y fiscal.”

Esta interpretación de la Comisión debe tenerse en cuenta, para efectos de determinar bajo el principio de convencionalidad cómo puede resolver la aparente contradicción normativa, máxime cuando existen interpretaciones disímiles de diferentes órganos jurisdiccionales de cierre.

4.1. Pregunta de investigación

Después de lo analizado, es menester señalar que, en Colombia, la Procuraduría General de la Nación sigue sancionando servidores públicos electos por voto popular, pese a que es una entidad administrativa. Lo anterior genera una dificultad sobre la competencia para la limitación de los derechos de este tipo de servidores públicos, máxime cuando el Consejo de Estado ha exhortado al Congreso para que legisle sobre la materia sin encontrar eco en sus integrantes. Corolario de lo expuesto, la problemática que se pretende abordar se concreta en determinar si la Procuraduría General de la Nación tiene competencia o no para limitar los derechos políticos de los servidores públicos elegidos por votación popular, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos que define como competente única y exclusivamente al juez penal.

Con fundamento en lo anterior, la pregunta que orientará la investigación es la siguiente: ¿Cuál es el límite competencial de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a servidores públicos electos por voto popular en el marco del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

5. Objetivos

5.1. General

Estudiar los límites competenciales de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos electos por voto popular en Colombia, en el marco del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

5.2. Específicos

- Establecer la naturaleza jurídica del servidor público de elección popular y su ubicación en la estructura de la función pública y la importancia del principio democrático.
- Analizar la competencia de la Procuraduría para sancionar empleados públicos en el contexto del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Examinar las consecuencias actuales de la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la potestad sancionadora del Estado Colombiano.

6. Justificación

El artículo 40 numeral 1 de la Constitución Política y el artículo 23, literal b, de la Convención Americana de Derechos Humanos, consagran el derecho político de elegir y ser elegido. De la integración del bloque de constitucionalidad se desprende que este derecho tiene carácter fundamental y, por lo tanto, no puede ser limitado ni siquiera en Estados de Excepción. En este contexto se discuten algunas vicisitudes sobre la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar servidores públicos de elección popular. Este elemento central se constituye como la base de este trabajo en términos de necesidad, pertinencia y utilidad según lo preceptuado por la Convención Interamericana de Derechos Humanos sobre los límites competenciales de la Procuraduría General de la Nación y la vigencia del principio democrático de participación y elección. A esto se suma la exhortación que realizara el Consejo de Estado al Congreso de la República en 2018 para que en el término de dos años legislara sobre la materia, es decir, que se aclarara la potestad de la Procuraduría para proferir sanciones ajustadas al marco de interpretación y aplicación de la mencionada convención.

El documento además contribuye a la base de discusión y fundamentación en torno a la decisión que profiriera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Gustavo

Petro Urrego vs el Estado Colombiano, decisión en la cual se requiere al gobierno para que armonice su orden interno a efectos de dictar sanciones disciplinarias que no vulneren derechos políticos de los servidores públicos electos por mecanismos democráticos.

7. Marco de referencia

7.1. Normatividad

Una de las disposiciones que hace parte del estudio que contiene esta investigación es el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, el cual preceptúa la naturaleza y carácter de que tienen las distintas vinculaciones de índole laboral entre el Estado y sus ciudadanos. Este precepto enuncia:

- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.
- Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.
- El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.
- El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.
- En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

- Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

Además de la citada disposición, la cual contiene la identificación de los tipos de vinculación laboral con el Estado y su naturaleza, el trabajo también se basa en el contenido del artículo 40 numeral 1 y 2 de la Carta Política, el cual preceptúa cuestiones centrales en torno al principio democrático. Al respecto, el artículo refiere que:

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.

De otra parte, para efecto del objeto general de investigación resulta menester tener en cuenta las funciones sancionatorias disciplinarias que ejerce el Estado sobre los empleados públicos, la cual se encuentra en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. En la práctica, la funcionalidad de este ente de control se basa en la promoción y defensa de los derechos humanos, es decir, las garantías y la protección de los asociados, y en último lugar, el poder de carácter sancionatorio que busca satisfacer las necesidades de eficacia y la eficiencia del servicio público. Sobre este aspecto, preceptúa el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución que 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.

Ahora bien, esta función de la Procuraduría General de la Nación tiene, entre otras finalidades, desarrollar lo preceptuado en el artículo 2 de la Carta Política de 1991, sobre la eficacia y la eficiencia del Estado en la satisfacción de las necesidades y el cumplimiento de los deberes como Estado. Señala la citada disposición que:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Otra de las normas que es fuente del estudio planteado en esta investigación se encuentra contenida en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para el escenario de la sanción, esta disposición señala que la afectación de derechos políticos para los servidores públicos de elección popular solo concurre mediante una sanción penal, esto es, por una condena impuesta por un juez competente en el proceso penal, el cual debe observar las garantías judiciales contempladas en el artículo 8 de la Convención.

Artículo 23. Derechos Políticos

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.

El citado artículo es cardinal, pues da cuenta del tipo de concepción democrática a favor de los ciudadanos, el derecho a votar y ser elegido. La segunda parte del articulado habla sobre el escrutinio de cualquier medida que el Estado tome frente a sus opositores, se acentúa especialmente en funcionarios electos popularmente; garantizando la igualdad en el ejercicio del derecho público y abonando el goce de los derechos políticos de cada ciudadano en el proceso electoral. Lo anterior, en relación con el artículo 44.1 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) que señala “el servidor público está sometido a las siguientes sanciones (...) Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima”.

7.2. Jurisprudencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un precedente judicial consolidado sobre los alcances y la interpretación del artículo 23 de Convención Americana de los Derechos Humanos. En el caso *Yatama vs. Nicaragua*, se indicó en cuanto a los derechos políticos, lo siguiente:

206. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. (Corte IDH, 2005, pág. 91).

Aunado a lo anterior, y en relación a los derechos políticos enmarcados en el artículo 23.1 de la CADH consagra que estos están encaminados a la participación democrática en la dirección de los asuntos públicos, es decir, a votar y a ser elegido, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones y mecanismos de igualdad y respetando el principio de legalidad para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva. Posteriormente, la misma Corte en la sentencia del caso Leopoldo López vs. Venezuela, se pronunció sobre las restricciones a los derechos políticos y hasta dónde puede un Estado restringir los mismos, y señala:

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, 2011, pág. 45).

De este aparte se colige que la inhabilitación impuesta a los derechos políticos de un servidor público electo por voto popular que no se condenó por un juez competente como resultado de un proceso penal, sino por una autoridad de carácter administrativo como lo es la Contraloría Interna en este caso y en el caso de Colombia, por parte de la Procuraduría General de la Nación, es una violación a los derechos humanos y una limitación a los derechos políticos del servidor, lo cual no se ajusta a lo consagrado en el artículo 23.1 y 23.2 de la CADH. Posición que fue reafirmada en el caso emblemático de Petro vs. Colombia, en la que se declara al estado colombiano responsable por la violación a los derechos políticos del Senador Petro, entendiéndose en este caso que la Corte declaró que debe aplicarse directamente lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, destacándose:

96. La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una

sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores. (Corte IDH, 2020, pág. 35).

Teniendo en cuenta el precedente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera diáfana se puede concluir que la interpretación que realiza el mentado Tribunal internacional del artículo 23 de la CADH es literal, es decir, no admite que en ningún caso un organismo de carácter administrativo tenga competencia para limitar de manera intensa los derechos políticos de los servidores públicos electos por voto popular, *verbi gratia* cuando se aplican sanciones como la inhabilitación o destitución. No se admite tampoco, que sea un Juez diferente al penal el que pueda aplicar la sanción al servidor público electo por voluntad democrática.

Ahora bien, adentrándonos en la jurisprudencia del derecho interno colombiano, el Consejo de Estado como órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha tenido un desarrollo jurisprudencial interesante sobre los límites competenciales de la Procuraduría. Se puede resaltar un aparte jurisprudencial del Consejo de Estado, en cuanto al caso de la Ex senadora Piedad Córdoba, que se podría decir es la sentencia hito que empieza a desarrollar el precedente sobre la competencia de la Procuraduría. Señaló el Consejo de Estado en ese fallo lo siguiente:

En efecto, los actos proferidos en ejercicio de la función disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación, son actos que no gozan de los atributos de independencia e imparcialidad, porque dicha potestad se ejerce a partir de una estructura de delegación piramidal o escalonada, en cuya cabeza se encuentra el Procurador General de la Nación, quien de conformidad con el artículo 7, ordinal 2.º del Decreto 262 de 2000, tiene la

competencia para formular políticas generales y criterios de intervención en materia de control disciplinario.

Por el contrario, los actos expedidos en ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, los emitidos por los jueces unipersonales o colegiados, obran bajo las atribuciones de autonomía e imparcialidad que constitucionalmente les fueron atribuidas en los artículos 228 y 230, constitucionales. De manera que, la autonomía e independencia son un atributo propio de la función jurisdiccional, por lo que los actos proferidos en virtud de ella, no tienen ningún tipo de control exógeno a la misma función judicial. (Consejo de Estado, Sala Plena, Rad. 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU)).

De otro lado, en referencia al caso de Gustavo Petro Urrego, el Consejo de Estado se dispuso a determinar ciertos límites a la competencia de la Procuraduría General de la Nación. Este sumario refiere además las garantías con las que debe contar la oposición política para participar en el foro democrático. El Consejero Ponente manifestó en su momento que:

Conforme con lo dicho, la Procuraduría General de la Nación mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular. No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor (Consejo de Estado, Sala Plena, Rad. 11001-03-25-000-2014-00360-00).

Desde la Corte Constitucional es preciso referir como antecedentes jurisprudenciales las sentencias C-500 del 2014, en la cual se estudió la exequibilidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, decisión que tuvo como base estarse a lo resuelto en las sentencias C-028 del 2006 y SU-712 del 2013. De otro lado, la sentencia SU-355 del 2015 confirma la regla jurisprudencial que indica:

La competencia que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular se ajusta al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, solo en cuanto que la actuación del órgano de control se encamine a prevenir hechos de corrupción o a conjurar actos de servidores públicos que promuevan y constituyan casos reprochables de corrupción, función que desarrolla en cumplimiento de los fines previstos internacionalmente, entre ellos, la obligación adquirida por el Estado Colombiano en tratados de lucha contra la corrupción. Regla jurisprudencial que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme con el artículo 243 de la Constitución Política, que señala que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (Consejo de Estado, Sala Plena, Rad. 11001-03-25-000-2014-00360-00).

Sin embargo, cabe mencionar que aunque ya se tenía una meridiana claridad sobre el poder de la Procuraduría para sancionar a los servidores públicos de elección popular, este órgano de control solo hasta 2020 generó un cambio interno en sus instrucciones para adelantar las investigaciones a los mencionados funcionarios, sin perjuicio de la obligación que aún queda a cargo del Estado para reformar la norma disciplinaria vigente en cuanto a las sanciones que impidan limitar derechos políticos de servidores públicos de elección popular. A esto se suma la responsabilidad internacional del Estado Colombiano por la violación de derechos políticos y garantías judiciales de Gustavo Petro Urrego, entre otros, derivada de la facultad sancionatoria que tiene la Procuraduría para destituir a funcionarios elegidos mediante voto popular.

7.3. Doctrina

En el artículo de investigación “Potestad disciplinaria y derecho a elegir: un examen de la destitución de servidores públicos de elección popular en Colombia” Isaza (2020) da lugar a examinar “la sanción de destitución de servidores públicos de elección popular y sus repercusiones en los derechos políticos de los electores, en el marco de la democracia representativa” (p.289). Estos elementos precisamente fungen como una de las bases de esta

investigación, de allí que el mencionado artículo provea un importante fundamento para abordar el objetivo general. Una de las conclusiones más relevantes que propone el autor consiste en:

No es posible evidenciar un punto de encuentro claro entre los preceptos de la Constitución de 1991 y la Convención Americana de Derechos Humanos, pese a que esta debe entenderse incorporada al ordenamiento jurídico en el contexto del bloque de constitucionalidad. Lo anterior teniendo en cuenta que, dada la naturaleza jurídica del procedimiento adelantado por la Procuraduría General de la Nación en el marco de la potestad disciplinaria, no es posible evidenciar cumplimiento cabal de la disposición convencional, más aún cuando esta requiere la expedición de un orden de naturaleza judicial que imponga la sanción de destitución (p.302)

Otra de las investigaciones que hace parte del fundamento es la que propone Ulrich (2020) en su artículo “el control de convencionalidad en la responsabilidad del Estado colombiano”. El autor explora, entre otras cuestiones, la manera en cómo se realiza el control de convencionalidad en escenarios concretos como el contenido en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Explicita además la manera en cómo el Consejo de Estado realizó la interpretación en el caso de Piedad Córdoba:

Se observa que la sala plena de lo contencioso administrativo acogió el punto de vista positivo frente a la capacidad del procurador de destituir e inhabilitar a funcionarios de elección popular, cuestión altamente debatida al interior de la corporación, que consideró a posteriori, en un cambio de su postura, que el artículo 23.2 de la CADH establecía con claridad que la sanción de destitución e inhabilitación de un funcionario electo debía darse mediante sentencia ejecutoriada de un juez penal, cuestión que escapa a las competencias de un funcionario administrativo como el procurador (p.44)

De otra parte, Cárdenas & Suárez (2020) proponen un análisis detallado de la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo “el Consejo de Estado colombiano como juez de convencionalidad”. En dicho documento explican la manera en cómo el órgano de cierre contencioso ha dado lugar a entender y aplicar el papel que tiene en el

marco del análisis convencional. Sobre el caso de la investigación que aquí se presenta las autoras indican:

Aunque se podrían ofrecer varios ejemplos, el que lo ilustra de mejor manera, la reciente decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado en la que resolvió la cuestión de si la Procuraduría General de la Nación es competente para imponer la sanción de inhabilidad y destitución a un funcionario público elegido por voto popular de conformidad con el ordenamiento jurídico interno y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Examinado el caso en concreto se consideró que el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) contraviene el artículo 23.2 de la Convención y que consecuentemente, “la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona, para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal” (p.605).

De acuerdo con Gutiérrez Beltrán (2007), en cuanto a la distinción del bloque de constitucionalidad en estricto sensu y lato sensu, se indica que la primera distinción se originó en el año 1998, cuando la Corte Constitucional fraccionó el contenido del bloque con el objetivo de justificar la inclusión de normas no constitucionales en el bloque. La escisión de la figura fue animada por un criterio inclusivo, que pretendía atemperar el rigor de los estrechos moldes dentro de los cuales se torneaba el bloque de constitucionalidad, para así separarlo, al menos parcialmente, de su significado original. Para mayor claridad, se debe precisar con detalle el alcance de esa distinción: la lectura inicial del bloque, que le atribuye un contenido que se agota en las disposiciones con valor constitucional no plasmadas en el texto superior, fue ajustada a una categoría llamada entonces bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Sobre estas bases documentales se ha diseñado los objetivos y el respectivo marco de investigación que da lugar este documento. A estos se suman la jurisprudencia y la manera en cómo los autores citados a lo largo del trabajo entienden el problema de investigación desde sus respectivas áreas de conocimiento y producción intelectual.

8. Marco metodológico

El enfoque metodológico de la investigación es jurídico, de tipo cualitativo y hermenéutico, el cual tiene como base lo preceptuado en el artículo 23 de la Convención Americana de los Derechos Humanos en relación a la presunta limitación del ejercicio de los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. Para distinguir el enfoque propio de este escrito se parte de la naturaleza del fenómeno objeto de estudio, de manera particular a los límites competenciales de la Procuraduría, en torno a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. La lógica usada es inductivo-cualitativa, permitiendo una mejor comprensión del contexto, posibilitando al lector, situarse en la esfera global en que ocurre parte del acontecimiento de la política, pudiendo así registrar situaciones y eventos perceptibles (Pérez y Nieto, 1992), yendo de lo particular a lo general, de lo simple a lo complejo y de lo concreto a lo abstracto, sin desgajarlos del contexto en el que tienen lugar.

8.1. Enfoque

El carácter del problema que aquí se investiga permite que sus categorías sean interpretadas a la luz de un enfoque cualitativo. Este último, de acuerdo con Sampieri (2014) se caracteriza por ser flexible y abierto “y su desarrollo debe adaptarse a las circunstancias del estudio” (p.468), esto es, las características particulares de cada contexto.

8.2. Unidad de análisis

Se tiene como unidad de análisis la revisión de documentos, especialmente los diferentes pronunciamientos de las Altas Cortes colombianas, la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Constitución Política de Colombia, normatividad internacional y la ley 734 de 2002. Con ello se hace alusión a las funciones sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación, como ente administrativo–disciplinario.

8.3. Técnicas e instrumentos

La descripción que propone este trabajo tiene como fundamento, documentos y jurisprudencia sobre los límites competenciales de la Procuraduría General de la Nación para sancionar servidores públicos de elección popular. Para el desarrollo de los objetivos se tiene como fuente las normas y la jurisprudencia en torno al objeto de investigación. La información y los datos que se usaron para elaborar esta investigación devienen del examen documental de doctrina y la jurisprudencia. La indagación se llevó a cabo en material de consulta disponible en físico y aquellos otros recursos dispuestos en repositorios digitales.

9. Desarrollo de la investigación

9.1. Naturaleza jurídica del servidor público de elección popular y su ubicación en la estructura de la función pública y la importancia del principio democrático

Para el desarrollo del primer objetivo específico, en este apartado se relaciona desde la perspectiva constitucional y legal la caracterización del servidor público de elección popular, luego se da lugar a explicitar cómo esta figura es una manifestación del principio democrático y la relación que allí tienen lugar con los derechos políticos.

Ahora bien, en términos generales, la función pública se refiere a aquella actividad que desarrolla una persona a nombre del Estado, de acuerdo con su tipo de vinculación a este y según la jerarquía que ostente (Santofimio, 2017). Según los artículos 123 y 125 de la Constitución Política, la vinculación que un individuo puede tener con el Estado puede ocurrir con ocasión de la carrera administrativa, la elección popular, el desempeño en un cargo de libre nombramiento y remoción, la ejecución de actividades como trabajador oficial, y aquellos que fungen como contratistas bajo determinadas circunstancias.

No obstante, lo anterior, es preciso señalar que “el término *servidor público* es genérico, el cual engloba varias especies, entre las cuales se encuentran los empleados y los trabajadores del Estado, denominados comúnmente empleados públicos y trabajadores oficiales”

(Departamento Administrativo de la Función Pública, 2017). Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que:

(i) los empleados públicos son un subconjunto de otro mayor, el de los denominados servidores públicos, que según se observa, es el término más genérico y comprehensivo que el texto constitucional utiliza para referirse al conjunto de empleados y funcionarios del Estado en sus distintas ramas; (ii) ese grupo comprende cargos que, aunque desde distintos niveles, tienen en común el ejercicio de funciones típicamente administrativas, entre ellos los de los funcionarios elegidos para un período fijo, los de libre nombramiento y remoción y los de carrera administrativa, conformando así el grupo más numeroso de servidores públicos; (iii) frente a las otras especies de empleados oficiales de que hablan los artículos 123 y 125 del texto superior, los empleados públicos conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado no encuadrables en ninguno de tales grupos (Corte Constitucional, Sentencia C-741 de 2012).

En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleados públicos, son todos aquellos trabajadores que cumplen funciones administrativas en las entidades del Estado de acuerdo con las condiciones de la existencia de un vínculo laboral. Es decir, con presencia de los siguientes elementos: actividad personal, subordinada y remunerada (Martínez y Ramírez, 2008). De otro lado, en relación con las elecciones de servidores públicos, el artículo 260 constitucional señala que:

Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale.

Isaza (2020) al referirse al contenido de la citada disposición constitucional indica las siguientes cuestiones:

Obsérvese que, a la luz de lo expuesto, es posible evidenciar que algunos servidores públicos de elección popular se encuentran en la categoría de “empleados” y otros se ubican fuera de esta clasificación. A manera de ilustración, aquellos servidores que ostenten la investidura de congresistas, diputados y concejales pertenecerán al grupo de “miembros de corporaciones públicas”, mientras que, servidores como el presidente de la República, los gobernadores y los alcaldes, pertenecerán a la clasificación de “empleados públicos”. En este sentido, la disposición del artículo 260 enunciado, hace referencia a autoridades de elección popular que “desempeñan empleos públicos”, diferenciándolas de los miembros de corporaciones públicas que, a pesar de ser también de elección popular, no ostentan la calidad de empleados ya descrita (p.292)

Corolario de lo anterior, resulta necesario indicar la posibilidad de “autoridades de elección popular que desempeñan empleos públicos” (Isaza, 2020, p.294), y otros, que pese a ser elegidos, no ostentan la calidad de empleados, como los miembros de corporaciones públicas. Sobre el primer conjunto indicado se relaciona el contexto y ubicación que refiere esta sección. Por otra parte, para que sea posible hablar sobre la elección popular y su relación en torno a la función pública, es menester indicar la naturaleza de la democracia participativa vigente en el país. Desde una visión crítica, Guzmán (2011) explicita:

La Constitución se funda en el modelo de democracia participativa (véase el preámbulo, los principios, artículo 40, artículo 103 y ss., entre otros, de la Constitución) (...) Desde 1991 se habla de democracia participativa porque es un lugar común tanto en el discurso común, como en el especializado. La democracia participativa es el modelo democrático con el cual todos los ciudadanos intentan justificar su lugar en el sistema como sujetos políticos, eliminando de este modo la exclusión del ámbito político a las personas que no ostentan ninguna representación política (pp. 31-32).

En esta línea es preciso manifestar que en el escenario colombiano la democracia participativa no ha tenido el impacto suficiente para disminuir la brecha de exclusión política, económica y social. A esto se suma que la estructura del Estado y de la misma sociedad no

permite la integración igualitaria de los diferentes actores políticos. No obstante, aunque esta perspectiva no funge como una cuestión definitoria para el alcance del objetivo de esta sección, la misma es difícil de obviar cuando se trata de corresponder la teoría política y jurídica a efectos de enunciar el contenido esencial del derecho a elegir y ser elegido según la interpretación constitucional:

El derecho político a la representación efectiva tiene “carácter fundamental y [es] parte esencial del criterio de democracia participativa instituida por la Constitución del 91. Sin él no podrían cumplirse los fines del Estado democrático y social de derecho, quedaría en suspenso la realización de los principios medulares de la democracia y se afectaría el mandato constitucional del artículo 3, al no permitir que el pueblo ejerza su soberanía por medio de sus representantes”. Lo anterior implica que el carácter fundamental de este derecho tiene dos dimensiones, la primera deviene de la conexión conceptual entre el derecho a elegir y ser elegido, que no se limita al ejercicio del voto, “sino que presupone la efectividad de la elección”. Y la segunda, se concluye de una interpretación sistemática de los artículos 2, 3 y 40 C.P., tiene que ver con “la idea de un ciudadano participativo y con injerencia directa en la conformación, ejercicio y control del poder político (Sentencia C-379 de 2016).

Ahora bien, la enunciación en torno a la democracia participativa y la elección popular de servidores públicos encuentra su sentido cuando se reconoce que la misma posibilita el acceso de los ciudadanos al poder público. Asimismo, presupone que este sea obtenido por mayoría de sufragios emitidos o por criterio de representación proporcional, y siempre que el postulante cumpla con los requisitos legales para participar en elecciones. Además, se asume la temporalidad del cargo por cuanto se busca evitar que las personas detenten indefinidamente un puesto público. De otro lado, como lo explica Guevara (2009):

La pretensión de la democracia participativa es acercar las instituciones del Estado al ciudadano, para que éste se apropie de los nuevos espacios que se generan en las nuevas relaciones Estado-sociedad. De esta manera se permiten los procesos de asociación, organización y movilización de las comunidades o grupos sociales que buscan ser

protagonistas o sujetos de su propio desarrollo. En suma, este tipo de democracia involucra un proceso en el que las distintas fuerzas sociales, en función de sus respectivos intereses, intervienen directamente o por medio de representantes en la construcción de lo público con el fin de mantener o transformar el régimen político y la sociedad (p.6)

Ahora bien, la función pública que transitoriamente ostente y ejerza a nombre del Estado un servidor público que haya sido elegido democráticamente corresponde a una actividad que es reglada. Por tanto, cualquier omisión, acción o extralimitación dará lugar a la manifestación del *ius puniendi* estatal, ya sea de orden penal o disciplinario, según corresponda. Sobre este aspecto, explica la Corte Constitucional:

El ejercicio de la potestad disciplinaria (...) tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad. (...) Así las cosas, al lado de la potestad de poder y organización propia de la administración pública, surge indispensablemente la existencia de una potestad disciplinaria (...) como una forma de corrección que redunde en beneficio de la comunidad o, en otras palabras, en el cumplimiento de los fines del Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 2006).

Tal y como se indicó en su momento, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación se encuentran las funciones sancionatorias disciplinarias que ejerce el Estado sobre los servidores públicos, tal como lo preceptúa el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución. Lo anterior, sin perjuicio de aquellas otras competencias sancionadoras que se rigen por reglas especiales. Por otra parte, la Ley 734 de 2002, refiere el componente sustantivo y adjetivo sobre el cual orbita la mencionada potestad sancionadora. En todo caso, esta norma está llamada a ser interpretada de conformidad con la metodología de integración del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, siguiendo las ideas que presentan Quinche (2009) y Henao (2013), en cuanto al principio democrático es preciso señalar que las instituciones judiciales, así como los mecanismos de supervisión imparcial y eficaz, son algunos de los garantes del fundamento de la democracia. Para que estas instituciones y mecanismos puedan garantizar plenamente el respeto de las normas, mejorar las garantías procesales y reparar las injusticias, debe haber acceso de todos, en condiciones de estricta igualdad, a los recursos administrativos y judiciales y al cumplimiento de las decisiones administrativas y judiciales, tanto por parte de los órganos del Estado y los representantes de la autoridad pública como por parte de todos los miembros de la sociedad.

Si bien la existencia de una sociedad civil activa es un elemento esencial de la democracia, la capacidad y la voluntad de las personas de participar en los procesos democráticos y de elegir las modalidades de gobierno no es evidente. Por lo tanto, es necesario crear condiciones propicias para el ejercicio efectivo de los derechos de participación y, al mismo tiempo, eliminar los obstáculos que impiden, limitan o dificultan dicho ejercicio (Gómez, 2013). Por consiguiente, es esencial promover, entre otras cosas, la igualdad, la transparencia y la educación de manera permanente, y eliminar obstáculos como la ignorancia, la intolerancia, la apatía, la falta de opciones y alternativas reales y la ausencia de medidas para corregir los desequilibrios y la discriminación de carácter social, cultural, religioso, racial o de género.

En consecuencia, un estado de democracia sostenible requiere un clima y una cultura democráticos que se nutran y enriquezcan constantemente con la educación y otros medios culturales e informativos. Así las cosas, una sociedad democrática debe tratar de promover la educación, en el sentido más amplio del término, incluyendo, en particular, la educación cívica y la formación para una ciudadanía responsable. El estado democrático presupone tanto la libertad de opinión como la libertad de expresión, lo que implica el derecho a opinar sin interferencias y a buscar, recibir e impartir información e ideas a través de cualquier medio de comunicación e independientemente de las fronteras (Quinche, 2009).

De otro lado, las instituciones y los procesos de la democracia deben promover la participación popular a fin de salvaguardar la diversidad, el pluralismo y el derecho a ser

diferente en un clima de tolerancia. Las instituciones y los procesos democráticos también deben promover la descentralización del gobierno y la administración, que es un derecho y una necesidad, y que permite ampliar la base de participación ciudadana y libertades políticas. Ahora bien, como lo explican Valencia-Tello y Karam de Chueri (2013) en el marco de la mencionada descentralización tiene un papel fundamental la participación democrática.

Descentralización política: hace referencia al mayor grado de participación de la comunidad y de autonomía de las entidades territoriales en la toma de decisiones públicas que afectan los territorios. Este tipo de descentralización se manifiesta en (...) elección popular y directa de alcalde municipal, creación de mecanismos de participación ciudadana a nivel municipal, elección directa de los gobernadores de departamentos, nueva composición y funciones de los consejos (sic) municipales y asambleas departamentales, moralización de las entidades territoriales mediante la expedición de diversas leyes y decretos que reglamentan su actuación. (p.182)

Precisamente, este último aspecto mencionado es el que ha dado pie a discutir sobre la competencia que tiene la Procuraduría para sancionar a los servidores públicos de elección popular. Técnicamente se ha discutido cómo el proceso disciplinario que adelanta el Ministerio Público genera como consecuencia una vulneración fehaciente a lo señalado por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y además afecta los presupuestos básicos sobre la democracia participativa y representativa:

El derecho político a la representación efectiva tiene “carácter fundamental y [es] parte esencial del criterio de democracia participativa instituida por la Constitución del 91. Sin él no podrían cumplirse los fines del Estado democrático y social de derecho, quedaría en suspenso la realización de los principios medulares de la democracia y se afectaría el mandato constitucional del artículo 3, al no permitir que el pueblo ejerza su soberanía por medio de sus representantes”.

Lo anterior implica que el carácter fundamental de este derecho tiene dos dimensiones, la primera deviene de la conexión conceptual entre el derecho a elegir y ser elegido, que no

se limita al ejercicio del voto, “sino que presupone la efectividad de la elección”. Y la segunda, se concluye de una interpretación sistemática de los artículos 2, 3 y 40 C.P., tiene que ver con “la idea de un ciudadano participativo y con injerencia directa en la conformación, ejercicio y control del poder político” (Corte Constitucional, Sentencia C-379 de 2016).

Esto no obsta para reconocer que, en la práctica, los votantes se limitan a nombrar un equipo de personas que tendrán que aplicar una política consensuada. Este es el caso en la mayoría de las democracias occidentales. Además, en las sociedades modernas, las campañas electorales requieren una considerable cantidad de propaganda y recursos financieros. La victoria depende cada vez menos de la decisión informada de los votantes y cada vez más de los grupos que financian las campañas.

Adicionalmente, en el proceso electoral se reduce al mínimo el lugar de los argumentos racionales sobre cuestiones importantes, ante la necesidad de presentar una imagen atractiva de sí mismo en los medios de comunicación y de hacer promesas a los grupos que pueden aportar recursos. En los países en desarrollo también entran en juego la ignorancia y la pobreza de una gran parte de la población, cuyos votos pueden ser comprados y que son manipulados por demagogos y publicistas.

9.2. Competencia de la Procuraduría para sancionar empleados públicos en el contexto del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Para el desarrollo del segundo objetivo específico, aquí se da lugar a examinar el criterio competencial de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a servidores públicos de elección popular, articulando la argumentación con lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para ello, se trae a referencia los casos de Piedad Córdoba y Gustavo Petro Urrego.

El artículo 124 de la Carta Política indica que “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. Esta disposición implica que todos los servidores públicos están llamados a dar un cumplimiento adecuado de las funciones que cada uno debe ejercer. A su turno, el artículo 125 refiere, entre otras razones, la procedencia del retiro de la función pública de aquellos servidores que transgredan el régimen disciplinario vigente en los términos del artículo sexto constitucional. Por otra parte, además del mencionado retiro, proceden las respectivas inhabilidades para volver a ejercer la función pública. Estos criterios dan sentido a la potestad sancionadora cuando la misma actúa en contravía del cumplimiento de los fines estatales.

Ahora bien, la interpretación de las cuestiones previamente indicadas a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad, parece dar lugar a ciertas contradicciones entre el derecho a elegir y ser elegido, la participación democrática, las sanciones disciplinarias a servidores de elección popular, especialmente cuando se considera el artículo 23 del mencionado instrumento convencional. Al respecto Isaza (2020) indica:

La presunta afectación de derechos políticos de los electores en los supuestos esbozados, permite adelantar una reflexión a partir del análisis de aspectos coyunturales en el marco de la función pública tales como: a) naturaleza jurídica del servidor público de elección popular y su ubicación en la estructura de la función pública; b) el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre cargos de elección popular; c) el derecho a elegir en el marco de la democracia representativa; y d) la afectación de este derecho con ocasión a la materialización de sanciones disciplinarias (p.33)

Uno de los elementos que emerge en la discusión que antecede es que el derecho disciplinario no puede ser ajeno a las cuestiones inherentes al debido proceso, especialmente cuando se considera su naturaleza sancionadora. Esto implica reconocer que antes de imponer una sanción debe mediar un proceso que propenda por la satisfacción del núcleo esencial del debido proceso, como es el caso de audiencia, información y defensa. Como lo señala la Corte Constitucional:

En relación con el contenido y alcance del derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que su ámbito de regulación comprende: (i) las conductas que pueden configurar falta disciplinaria; (ii) las sanciones aplicables según la naturaleza de la falta, y (iii) el proceso, o conjunto de normas sustanciales y procesales que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria (Corte Constitucional, sentencia C-290/08)

Ahora bien, el artículo 278 constitucional establece como función del Procurador General desvincular del cargo a los funcionarios, previo desarrollo del procedimiento reglado para ello y mediante una decisión plenamente motivada, cuando aquellos incurran en las siguientes conductas:

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

Sin embargo, esta facultad constitucional establecida a favor del representante del Ministerio Público ha suscitado debate a la luz de lo preceptuado en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual manifiesta:

Artículo 23. Derechos Políticos

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.

El criterio de discusión radica en que la citada disposición refiere que el ordenamiento jurídico interno puede regular los derechos y oportunidades en el marco de elecciones democráticas circunscribiéndose “exclusivamente a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

La perspectiva de la Corte Constitucional sobre tal cuestión tuvo un momento fundamental con la expedición de la sentencia SU-712 de 2013, donde se llevó a cabo la revisión de tutela en el caso de la destitución de la ex senadora Piedad Córdoba Ruiz y la respectiva inhabilidad derivada para ejercer cargos públicos. El contexto tiene como antecedentes lo siguiente:

En el año 2010, el Procurador General de la Nación adelantó de oficio indagación preliminar en contra de la entonces Senadora de la República Piedad Esneda Córdoba Ruíz, por presuntos vínculos con grupos al margen de la ley. Una vez culminadas las etapas disciplinarias respectivas se decidió en fallo de única instancia que dicha persona incurrió en conductas constitutivas del numeral doce, artículo 48 ley 734 de 2002. La sanción del caso fue destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de dieciocho (18) años. El recurso de reposición fue desestimado y por tanto se confirmó la sanción impuesta. Su caso fue altamente notorio debido a la situación política que atravesaba el país.

Ante esta decisión, la ex Senadora agotó por vía de tutela el control de la decisión sancionatoria ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Civil de la

Corte Suprema de Justicia, jueces que en su momento indicaron la improcedencia del recurso constitucional por cuanto:

(i) no existe ninguna duda sobre la competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar a los Congresistas de la República; (ii) existe una clara distinción entre la acción disciplinaria y el proceso de pérdida de investidura, por lo que no resulta correcto ni válido señalar que, en el caso de los congresistas, el segundo subsume al primero; (iii) en el presente caso el Procurador General de la Nación no se encontraba impedido para investigar a la accionante; (iv) en la demanda interpuesta no se da ninguna razón por la cual debe exceptuarse la regla general según la cual son improcedentes las acciones de tutela instauradas contra actos administrativos sancionatorios y, en este sentido, no se demuestra la existencia de un perjuicio ius fundamental improcedente que haga procedente -sic- la acción como un mecanismo transitorio; y (v) todos los medios de prueba en los que se sustentó la sanción de destitución e inhabilidad general impuesta a la accionada fueron legales y respetuosos del debido proceso, por lo que era procedente que se adelantara la actividad investigativa pertinente para verificar o demeritar su contenido, y efectivamente demostraron, en el grado de certeza, la responsabilidad disciplinaria de la accionante (Corte Constitucional, Sentencia SU-712/13)

La decisión representó un amplio ejercicio hermenéutico, no solo de unificación jurisprudencial, sino además de la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre cómo esta se armoniza con la facultad sancionatoria. Ante esta determinación es válido presentar la perspectiva que ofrece Reyes Kuri (2009):

El Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002), por ejemplo, permite que, mediante un proceso de carácter administrativo, distinto del penal, se limiten duramente los derechos políticos fundamentales de los ciudadanos, a pesar de lo establecido en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente a esta clase de derechos. Sin embargo, la Corte Constitucional insiste en la constitucionalidad de las referidas normas que a todas luces resultan violatorias de nuestra Constitución (p.147)

No obstante, lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2014 acogió una interpretación de carácter restrictivo sobre el contenido normativo referido en el artículo 23 de la Convención. En específico, el caso al que se hace mención se refiere al proceso cautelar de Gustavo Petro Urrego, quien actualmente ejerce como senador de la república. Villalba y Gonzales (2014) indican al respecto:

Se debe expresar que el "Caso Petro" también podría titularse, entre otros, "Alonso Salazar" o "Samuel Moreno Rojas" o "Jorge Iván Ospina" o "Cielo González", porque no se puede olvidar que la Procuraduría General de la Nación ha impuesto la sanción de destitución, suspensión e inhabilidad a diversos funcionarios elegidos por voto popular, como gobernadores, alcaldes y congresistas (...) La cuestión a analizar es si la facultad del procurador general de la nación de destituir e inhabilitar a un funcionario público elegido popularmente a través del voto, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (p.9).

Y es que en el contexto de la elección popular, los mencionados autores guardan cierto grado de razón por cuanto no importa como tal el sujeto disciplinado, o su trascendencia mediática, sino que, guardadas proporciones, hace parte del listado de otros casos donde se ha sancionado disciplinariamente a un servidor público de elección popular, donde el único factor diferenciador radica en cuanto a las sanciones derivadas de actos de corrupción, categoría que se puede dotar de sentido en los términos de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción.

El ex alcalde, investido en enero de 2012 para un mandato de cuatro años al frente de esta megalópolis de 7 millones de habitantes, había presentado dos recursos ante el tribunal administrativo, uno para defender sus derechos políticos y el otro para impugnar la jurisdicción de la procuraduría. La destitución de Gustavo Petro provocó controversia. En el conocimiento del caso en el Consejo de Estado se expuso:

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de noviembre de 2017, en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del

derecho impulsado por Gustavo Petro Urrego en contra del acto administrativo expedido por la Procuraduría General de la República, exhortó al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que en un término de dos años evaluaran y adoptaran las medidas necesarias para "armonizar" las disposiciones de derecho interno con las convencionales, velando por el cumplimiento de las disposiciones vigentes y contenidas en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, logrando de esta forma proteger los derechos políticos de todos los electores en Colombia y "en todas las esferas político-administrativas.

No obstante, la recomendación, hasta el momento no se han tomado las medidas legales en el ordenamiento jurídico que propicien la satisfacción de lo indicado por el Consejo de Estado. Como resultado, las protecciones de los derechos políticos del elegido aún se encuentran sometidos a la hermenéutica y alcance del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en torno a los preceptos de la Constitución Política. De hecho, el refuerzo de esta argumentación viene de la mano con la sentencia proferida por la Corte Interamericana en julio de 2020, mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano por las violaciones a diversos derechos en perjuicio del señor Gustavo Petro Urrego. Sobre este particular se ahondará en la siguiente sección.

A esto se suma que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado colombiano que enmendara la Constitución para evitar que un organismo de control tenga la capacidad de destituir a los funcionarios electos sin una orden judicial. La Procuraduría General de la Nación destacó que el Consejo de Estado ya había dictaminado que el procurador que había conocido del caso del Senador estaba abusando de su poder y pidió una legislación que se ajustara al derecho internacional sin debilitar sus poderes para luchar contra la corrupción.

9.3. Consecuencias actuales de la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la potestad sancionadora del Estado Colombiano

En este acápite se hace relación a la hermenéutica vigente sobre el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos que se encuentra asociada a la interpretación contenida en la sentencia proferida por la Corte Interamericana sobre el caso de Gustavo Petro.

El impacto de tal decisión conllevó a que la Procuraduría General de la Nación expidiera la Circular 005 de septiembre de 2020, con el fin de explicitar la competencia del órgano sancionador en aquellos casos adelantados en contra de servidores públicos elegidos por voto popular. Sin duda, un paso adecuado con el fin de resarcir los hechos que enunció la Corte Interamericana:

Los derechos políticos del señor Petro se vieron afectados por la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la Procuraduría el 9 de diciembre de 2013 y que fue confirmada el 13 de enero de 2014 (...) el artículo 23 de la Convención no permite que un órgano administrativo pueda aplicar una sanción que implique una restricción a los derechos políticos de un funcionario público democráticamente electo (...) si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad de la sanción de la Procuraduría [en 2017], dicha decisión no reparó integralmente el hecho ilícito que constituyó la violación del derecho al ejercicio de una función de elección popular del señor Petro.

Esto es así toda vez que a) el mandato del señor Petro fue interrumpido mientras estuvo separado de su cargo en virtud de la decisión de la Procuraduría, lo cual también afectó los derechos de aquellas personas que lo eligieron y el principio democrático, y b) no se han modificado las normas que permitieron la imposición de dichas sanciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020). De la sentencia proferida, y con ocasión al objetivo de esta sección, es menester indicar que la Corte IDH dio pie a considerar cómo las decisiones de la Procuraduría en el caso de servidores electos popularmente pueden llegar a desconocer derechos políticos, cuestión que solo puede ser fruto de una condena impuesta por un juez competente en un proceso penal y no por una autoridad administrativa, según se desprende del texto del artículo 23.2 de la Convención, y en virtud de las subreglas derivadas del caso López Mendoza VS. Venezuela.

En el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que las sanciones de inhabilitación impuestas a Leopoldo López por un órgano administrativo, en aplicación de la legislación venezolana, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular, son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte resolvió el caso mediante la aplicación directa del artículo 23 y concluyó que ninguno de los requisitos señalados en este artículo se cumplió, 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.

En su momento, la defensa de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el diseño constitucional colombiano, al asignar a la Procuraduría la facultad para sancionar administrativamente a funcionarios de elección popular, es compatible con la Convención porque permite luchar de manera ágil contra la corrupción, en armonía con la Convención Interamericana contra la Corrupción. Sin embargo, tal y como se explica desde la aplicación de los instrumentos de derecho internacional, La Corte Interamericana podría eventualmente apartarse del texto de la convención Interamericana de Derechos Humanos sólo si la interpretación que se le propone supone una mayor protección de un derecho en cuestión. En consecuencia, alejarse de la literalidad y alcance del artículo 23.2 no amplía ni fortalece la protección de los derechos políticos de los funcionarios elegidos por voto popular; por el contrario, la debilita.

De otro lado, es importante destacar que es viable considerar que el artículo 277.6 de la Constitución Política es compatible con la Convención, pues si bien esta norma le asigna a la PGN la función de vigilar la conducta de quienes desempeñen funciones públicas, incluidos quienes lo hagan por elección popular, no dice que dicha vigilancia deba hacerse mediante medidas que impliquen una restricción tan intensa del derecho a ser elegido, y menos que ello sea producto de una decisión de una autoridad no jurisdiccional. En este sentido, la Constitución colombiana es compatible con la Convención Americana siempre y cuando las interpretaciones legales o judiciales que de ella se hagan sean conformes con esta Convención, de manera que la

vigilancia de la PGN no incluya, para los funcionarios elegidos por voto popular, sanciones como las indicadas, que son propias de una conducta considerada como delito.

No obstante, lo narrado con anterioridad, conviene tener en cuenta que, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, las decisiones de las Altas Cortes de un Estado no vinculan a la Corte IDH. Como resultado, la jurisprudencia interamericana refleja que el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH, como intérprete autorizada y última de la Convención. Ahora bien, con la expedición de la Circular 005 de 2020, la Procuraduría ha señalado que para proceder a la investigación y sanción disciplinaria de servidores públicos de elección popular deben concurrir los siguientes supuestos:

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.

La Corte Constitucional colombiana no ha realizado un control de convencionalidad bajo los parámetros del derecho interamericano. En sentencia C-111 de 2019, consideró constitucional la terminación de la relación del servidor público de “elección” con la

administración pública, como consecuencia de la sanción de *destitución e inhabilidad general* que puede imponer la Procuraduría General de la Nación. Esta decisión se sustenta, según esta Corte, en una consolidada línea jurisprudencial en punto a la validez constitucional de la competencia de la PGN de sancionar a los funcionarios públicos de elección popular, que no se justifica cambiar. Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia, en sentencia que a continuación se cita, señaló la importancia de la aplicación directa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en lo que respecta al Control de Convencionalidad:

La Corte hará el control constitucional inherente a la acción de tutela, así como también el de convencionalidad, dimanante del bloque de constitucionalidad, según lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos, que obliga a los países suscriptores de ese instrumento de procurar armonizar el ordenamiento interno al mismo, para evitar cualquier disonancia entre uno y otro. De esta manera, las reglas de aquella normatividad deben observarse en asuntos como éste, so pena de incumplir obligaciones internacionales. Por tanto, es menester tener en consideración las prerrogativas a las “garantías judiciales” y a la “protección judicial”, según las cuales, una persona podrá acudir ante las autoridades jurisdiccionales competentes para obtener la pronta y eficaz resolución de sus litigios. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 21575-2017 MP. Luis Armando Tolosa Villabona).

De acuerdo a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia indica que a través del control de convencionalidad se deben aplicar de manera directa las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, si se determina que en el orden interno las disposiciones legales o incluso Constitucionales no están en armonía con la convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado la metodología del control de convencionalidad con la finalidad de hacer efectiva y aplicable la Convención Americana de Derechos Humanos. En la sentencia del caso Petro Urrego vs. Colombia, señaló:

El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención¹⁴⁵, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos

humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. (Corte IDH, 2020, pág. 146).¹

De acuerdo a lo anterior, todos los órganos del poder público de un Estado parte y suscriptor de la Convención, debe aplicar de manera directa la Convención Americana de Derechos Humanos e inaplicar la normativa interna cuando, haciendo un análisis comparativo se concluya que existe una contradicción. Para ello se creó el instrumento denominado “control de convencionalidad”.

Después del anterior rastreo jurisprudencial, es evidente que la interpretación de la Corte Constitucional va en contravía de la posición pacífica y reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo en lo que respecta a los límites competenciales de la Procuraduría General de la Nación, sino también; sobre la implementación en el orden jurídico interno colombiano del control de convencionalidad. Sobre este punto la Comisión Interamericana en el informe final del caso *Petro Urrego Vs. Colombia* preconizó:

127. Finalmente, la Comisión no deja de notar que la defensa principal del Estado colombiano es que la Corte Constitucional ya analizó la posibilidad de que el Procurador General de la Nación inhabilite por la vía disciplinaria y estableció que la misma no viola la Convención Americana. Al respecto, la CIDH recuerda que es a los órganos del sistema interamericano a quienes les corresponde interpretar la Convención Americana y, por lo tanto, determinar si dicha interpretación judicial es conforme a dicho instrumento internacional. En el presente caso, la determinación de la Corte Constitucional invocando el artículo 23 de la Convención resulta incompatible a la luz de dicho artículo, tal como ya determinaron ambos órganos del sistema interamericano en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, y se reitera en esta oportunidad. (CIDH, 2017, pág. 26).

¹ Ver entre otras Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas* y caso *Azul Rojas Marin y otras Vs. Perú* proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En conclusión, y dada la importancia de la vigencia de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales y ratificado en el orden interno colombiano, son de obligatorio cumplimiento para todos los operadores jurídicos, respetando en todo caso los precedentes establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano que es el intérprete autorizado de la Convención.

10. Conclusiones

- Sancionar disciplinariamente a un servidor público de elección popular ha representado un importante reto a la hora de armonizar la normativa interna contenida en la Ley 734 de 2002, la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos. De allí que los servidores públicos afectados por decisiones disciplinarias de la procuraduría hayan acudido al control en sede judicial, por vía de tutela y nulidad y restablecimiento del derecho, para procurar una decisión que se encuentre acorde con la interpretación normativa.
- La decisión proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Gustavo Petro es un llamado para realizar un esfuerzo conjunto de la Procuraduría General de la Nación y el Gobierno para fortalecer los mecanismos de lucha contra la corrupción. Sería impensable que los funcionarios corruptos, que han estado defraudando al Estado y violando los derechos humanos, ganaran algo con esta sentencia.
- No es el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos el que debe interpretarse de manera coherente con la Constitución, sino al contrario: la Constitución y la legislación deben interpretarse de manera coherente con aquella y la jurisprudencia interamericana, que, a diferencia del entendimiento de la Corte Constitucional, han afirmado con claridad que la restricción del ejercicio de los derechos políticos no es convencional si proviene de una autoridad distinta a un juez penal.
- Colombia ha incumplido su obligación de adecuar el derecho interno, por mantener en su legislación sanciones administrativas de destitución e inhabilidades hasta por 20 años, aplicables a funcionarios elegidos popularmente. En consecuencia, el Estado colombiano debe modificar esta legislación. También, como lo ha hecho en anteriores ocasiones respecto de decisiones de Altas Cortes, es dable que la Corte Interamericana estudie la convencionalidad de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana y concluya que la interpretación que esta ha hecho de la legislación disciplinaria es incompatible con los estándares interamericanos.

11. Recomendaciones

La Procuraduría General de la Nación es un ente autónomo de carácter constitucional que se encuentra regulado entre los artículos 275 a 284 de la Constitución de 1991 como una entidad integrante del Ministerio Público. El Procurador General de la Nación es la máxima autoridad o supremo director de dicho ministerio.

El Procurador General de la Nación o sus delegados, conforme al artículo 277 numeral 6 de la Constitución, tienen la competencia de investigar y sancionar a los servidores públicos y particulares que ejerzan funciones públicas, incluyendo a quienes sean electos por voto popular. A su turno la ley 734 de 2002 desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio que ejerce la Procuraduría General de la Nación incluyendo como sujetos pasivos de la acción disciplinaria a los servidores públicos electos por la voluntad popular.

La arquitectura constitucional y legal anterior, tal y como se evidenció a lo largo de este proyecto, riñe con los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos; norma que hace parte del bloque de constitucionalidad, y, en consecuencia, de acuerdo a las teorías analizadas, está por encima de la Constitución o a lo sumo en la misma jerarquía normativa. Ahora bien, la misma conclusión a la que llegó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la necesidad imperiosa de respetar los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos, fue a la que se llegó a través del presente trabajo investigativo. En esencia el diseño institucional de la Procuraduría como entidad administrativa no respeta los postulados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en especial el artículo 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Corolario de lo indicado, resulta pertinente hacer algunas propuestas en aras de solucionar la aparente antinomia, que existe entre la Constitución, la ley y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El punto de partida fundamental que se propone es que no es necesario modificar la Constitución política de Colombia en su artículo 277 numeral 6, debido a que, su literalidad nos

enseña que el Procurador, no obstante de tener la facultad de vigilar la conducta oficial, investigar y sancionar a los servidores públicos incluyendo los electos por voto popular, dicho dispositivo lo que permitiría indicar que no necesariamente dicha función constitucional tiene que ver con limitantes a los derechos políticos de sanciones como la destitución y la inhabilidad general.

En conclusión, no es necesaria una reforma de carácter constitucional para armonizar las disposiciones con los postulados del artículo 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siempre y cuando en la aplicación de las facultades que ejerce el procurador se limite la imposición de ciertas sanciones a los servidores elegidos por voto popular, es decir, se trata más de fijar el alcance de los términos de la Constitución de 1991 a la normatividad internacional, que realizar modificaciones constitucionales que podrían ser innecesarias si se matiza el poder del Procurador General.

Sin embargo, no sucede lo mismo con la ley 734 de 2002 debido a que dicho dispositivo normativo y todo su articulado establece sin diferenciación alguna la posibilidad de sancionar incluso con destitución e inhabilidad general a servidores públicos electos por la voluntad del pueblo, por lo que dicha norma debe modificarse por parte del legislador. Se realizan en consecuencia las siguientes propuestas en aras de armonizar el orden interno con la Convención Americana de Derechos Humanos:

- 1) El Congreso de la República debe expedir una Ley que señale con claridad las competencias de la Procuraduría General de la Nación en cuanto a los servidores públicos electos por voto popular, indicando los límites competenciales.
- 2) Mientras se expide la Ley y dado a que se conoce la morosidad de la actividad legislativa en Colombia, es fundamental que los operadores jurídicos, aplicando la figura de la excepción de convencionalidad, inapliquen sanciones expedidas por la Procuraduría General de la Nación que tengan el alcance de destituir e inhabilitar a servidores públicos electos por voto popular.

- 3) La Procuraduría General de la Nación en adelante debería dar instrucciones a sus operadores, con la finalidad de que se abstengan de sancionar a servidores públicos electos por la voluntad democrática mientras se promulga la ley de la república que aclare las competencias de dicho ente administrativo.
- 4) Se propone que se analice que cuando estemos ante faltas gravísimas dolosas o ante culpas gravísimas, que impliquen destitución e inhabilidad general del servidor público electo por voto popular, que la Procuraduría General de la Nación realice actividades solo de investigación y si encuentra mérito, presente ante un juez de la jurisdicción correspondiente para que tome la decisión de destituir o inhabilitar al servidor público electo democráticamente. Se respeta, en esencia, el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- 5) Se plantea igualmente la posibilidad de que los jueces de la jurisdicción administrativa sean quienes asuman la competencia para investigar y sancionar a los servidores públicos electos por voto popular cuando tengan que ver con faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpas gravísimas que implican necesariamente destitución e inhabilidad general. Con esta propuesta se cumpliría en estricto sentido con la literalidad del artículo 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- 6) Se recomienda que la Procuraduría General de la Nación siga investigando y sancionando a los servidores públicos electos por voto popular siempre y cuando dicha sanción no implique destituciones o inhabilidades si no multas, suspensiones, amonestaciones etc.

12. Referencias

- Cárdenas Poveda, M., & Suárez Osma, I. (2020). El Consejo de Estado colombiano como juez de convencionalidad. *Revista chilena de derecho*, 47(2), 599-620.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (25 de octubre de 2017). Informe No. 130/17 Caso 13.044 Fondo. Gustavo Francisco Petro Urrego. Colombia
- Congreso de la República. (1997, 7 de noviembre). Ley 412 Por la cual se aprueba la "Convención Interamericana contra la Corrupción", suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis. Diario Oficial No. 43.168
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
- Congreso de la República (1991). Constitución Política de Colombia. Editorial Legis.
- Consejo de Estado. (23 de agosto de 2018). Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A. Rad. 11001-03-25-000-2012-00276-00(1016-12) CP. William Hernández Gómez.
- Constitución política de Colombia [const]. (1991). *Artículo 44 [título ii]*. Bogotá: Panamericana
- Constitución política de Colombia [const]. (1991). *Artículo 125 [capítulo II]*. Bogotá: Panamericana
- Constitución política de Colombia [const]. (1991). *Artículo 40 [título II]* Bogotá: Panamericana
- Constitución política de Colombia [const]. (1991). *Artículo 277 [capítulo II]* Bogotá: Panamericana
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (2019, 13 de marzo). Sentencia C-111/19. [Carlos Bernal Pulido. MP.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-111-19.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (2016, 18 de julio) Sentencia C-379/16 [. Luis Ernesto Vargas Silva. MP] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (2013, 17 de octubre) Sentencia SU-712/13 [Jorge Iván Palacio Palacio. MP] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/su712-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (2012, 26 de septiembre) Sentencia C-741/12. [Nilson Pinilla Pinilla. MP] <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-741-12.htm>

Corte Constitucional de Colombia Sala Plena (2008, 2 de abril). Sentencia C-290/08. [Jaime Córdoba Triviño. MP] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-290-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (2006, 26 de enero). Sentencia C-028/06 [Humberto Antonio Sierra Porto. MP] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm#:~:text=La%20cosa%20juzgada%20constitucional%20hace,las%20decisiones%20en%20ellas%20consagradas.>

Corte Constitucional de Colombia. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (1998, 5 de agosto). Sentencia C-397/98. [Fabio Morón Díaz MP] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-397-98.htm>

Constitucional, Sentencia, Sala Plena (2016, 18 de julio) Sentencia C-379 de 2016. [Luis Ernesto Vargas Silva. MP] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. (2012, 26 de septiembre) Sentencia C-741/12. [Nilson Pinilla Pinilla. MP] <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-741-12.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2015, 11 de junio) Sentencia SU-355. [Mauricio González Cuervo. MP] http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_20448d652789474d9a057ca027dea390

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (23 de junio de 2005). Caso Yatama vs Nicaragua. García. et al.

Departamento Administrativo de la Función Pública (2017). *Concepto marco 07 de 2017*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84333>

- Departamento de Derecho Internacional. (noviembre 20, 120) Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (B-32). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Guevara, J. (2009). *La democracia participativa como instrumento de dominación de la esfera pública. Una mirada crítica a la realidad política colombiana a partir de la constitución de 1991*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.
- Gutiérrez Beltrán, A. (2007). *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*. Universidad Externado de Colombia.
- Guzmán Rendón, A. (2011). Democracia participativa en Colombia: un sueño veinte años después. *Revista Jurídicas*, 8(2).
- Henao, J. C. (2013). *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo: VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Universidad Externado.
- Isaza Cardozo, G. D. (2020). Potestad Disciplinaria y Derecho a Elegir: Un Examen de la Destitución de Servidores Públicos de Elección Popular en Colombia. *Rev. Digital de Derecho Administrativo.*, 23, 289.
- Martínez Cárdenas, E. E., & Ramírez Mora, J. M. (2008). *Régimen del Servidor Público*. Escuela de Administración Pública Territorial.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas (3ª Ed.)*. Editorial Universidad del Rosario.
- Organización de Estados Americanos (1996). Convención Americana Contra la Corrupción.
- Pérez Serrano, G., & Nieto Martín, S. (1992). La investigación-acción en la educación formal y no formal.
- Reyes Kuri, J. (2009). La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia. *Revista Derecho Del Estado*, (23), 147-174.
- Sampieri, H., & Collado, R. (2014). *Metodología de la Investigación*.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Ed. Universidad Externado de Colombia.

Ulrich Astaiza, W. (2020). El control de convencionalidad en la responsabilidad del Estado colombiano. *Anuario de Derechos Humanos*, 16(1), 39-60.

Valencia-Tello, D. C., & De Chueiri, V. K. (2014). Descentralización y re-centralización del poder en Colombia. La búsqueda de equilibrios entre la nación y las entidades territoriales. *Dikaion*, 23(1), 171-194.