



**ANÁLISIS DE CONVENCIONALIDAD DE LAS DESTITUCIONES DE SERVIDORES
PÚBLICOS FRENTE A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

JAIR ANTONIO MONTAÑO LÓPEZ

JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA

Docente de Investigación

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

BOGOTÁ

2016

ANÁLISIS DE CONVENCIONALIDAD DE LAS DESTITUCIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS FRENTE A LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

**Jair Antonio Montaña
López**

Artículo de revisión y reflexión

Resumen

El presente artículo muestra una revisión sobre la normatividad, jurisprudencia y doctrina que trata sobre la convencionalidad del derecho sancionatorio o disciplinario, este ejercido sobre los empleados públicos vinculados a los estados; se hace un paralelo comparativo entre el derecho internacional y el derecho interno; además se examinan diversos fallos pertinentes al tema proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; para finalizar se hace una reflexión sobre la convencionalidad y la conveniencia del ejercicio del *ius puniendi* en materia disciplinaria por parte de los Estados.

Palabras clave:

Derecho disciplinario, convencionalidad, Juez penal, destitución e inhabilidad general, Derechos Humanos.

ANALYSIS OF CONVENCIONALITY OF THE DISMISSAL OF PUBLIC FUNCTIONARYS AGAINST THE CIVIL AND POLITICAL RIGHTS

Abstract

This article is about a review of the law, jurisprudence, and doctrine about the conventionality of the sanctioning law, apply on the public workers joined to the state, I make a parallel comparative between the international law and the internal law; also I examine different and relevant judgments uttered by the Interamerican Court of Human Rights; the article finishes making a thought about the conventionality and the suitability of the exercise of *ius puniendi* by the states.

Key words:

Disciplinary law, conventionality, penal judge, dismissal and general disablement, Human Rights.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 6¹ establece que los servidores públicos son responsables no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, esto se complementa con el artículo 16² de la Carta que señala la limitación al derecho de libre desarrollo de la personalidad por el derecho de los demás y el orden jurídico (Constitución Política de Colombia [Const]. Artículos 6 y 16. Julio 7 de 1991).

Lo anterior es base del derecho sancionatorio y para el tema que nos ocupa del derecho disciplinario, toda vez que da los lineamientos generales para la aplicación del *ius puniendi* o facultad sancionadora del estado.

La Constitución Política de Colombia reconoce que los tratados y convenios internacionales que reconocen Derechos Humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno, lo cual constituye el llamado bloque de constitucionalidad, este concepto tiene su fundamento en el artículo 93³ de la Carta Política, que exige como solemnidad que los mismos se encuentren ratificados

¹ ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

² ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

³ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

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

Adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001, con el siguiente texto: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

por el Congreso de la República (Constitución Política de Colombia [Const]. Artículo 93. Julio 7 de 1991)

El concepto mencionado también ha sido objeto de estudio por parte de la Honorable Corte Constitucional Colombiana, que ha señalado que el mismo está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer en el texto constitucional, hacen parte integral de la misma, porque han sido normativamente integrados a la Constitución. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995).

La Ley 16 de 1972 fue sancionada en Colombia, y mediante la misma fue ratificada la Convención Americana de Derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, integrando este instrumento internacional de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno.

Este artículo utiliza el método dogmático jurídico, y busca hacer un análisis de convencionalidad respecto de los derechos civiles y políticos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, frente las destituciones e inhabilidades del Derecho Sancionatorio Administrativo.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS RECIENTES

En primer lugar es menester realizar una aproximación histórica al fundamento legal del Derecho Disciplinario en Colombia, desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 hasta la actualidad, toda vez que la vigente Carta Política hizo una transición de un modelo de estado de derecho al estado social y democrático de derecho, este último estableció una serie de derechos y principios a los cuales se debió ajustar también el Derecho Disciplinario.

Para cumplir este fin el Congreso de la República expidió la Ley 200 de 1995, cuyo objetivo era el de unificar el disperso ordenamiento jurídico regulador del tema, con respecto a las sanciones, esta norma estableció entre otras las de destitución,

suspensión del contrato de trabajo, terminación del contrato de trabajo o desvinculación del cargo⁴. (Ley 200 de 1995, 1995)

El Congreso con la expedición de esta Ley otorgó al Estado a través de sus distintos órganos la titularidad de la acción disciplinaria, facultando al mismo Estado de la posibilidad de imponer sanciones de tanta aflicción como la destitución o remoción del cargo, que limitan los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, y cuyo poder disciplinario preferente se encontraba en cabeza de la Procuraduría General de la Nación.⁵

Posteriormente el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 o Código Único Disciplinario, el cual se encuentra vigente hasta el momento, esta norma realizó varios cambios e hizo más estricto aún, el régimen sancionatorio administrativo de quienes cumplen funciones públicas o tienen una vinculación legal y reglamentaria dentro del Estado Colombiano.

En lo referente al tema concreto de las sanciones, el vigente Código Único Disciplinario estableció que quien incurra en alguna de las conductas descritas como faltas disciplinarias, puede estar sometido a las sanciones de destitución e inhabilidad

⁴ Artículo 29. Sanciones principales.

(...)

4. Destitución.

5. Suspensión del contrato de trabajo hasta por noventa (90) días.

6. Terminación del contrato de trabajo.

7. Remoción.

8. Desvinculación del cargo de conformidad con lo previsto en el numeral 278 de la Constitución Política.

⁵ ARTICULO 3o. PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE. En desarrollo del poder disciplinario preferente, podrá el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados y agentes avocar, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte, el conocimiento de aquellos asuntos que se transiten internamente ante cualquiera de las ramas u órganos del poder público.

El Procurador General de la Nación establecerá criterios imparciales y objetivos para la selección de las quejas y expedientes disciplinarios a fin de dar cumplimiento al inciso anterior.

general, suspensión e inhabilidad especial en el ejercicio del cargo (para cualquier otro cargo público), o multa.⁶ (Ley 734 de 2002, 2002).

La sanción de destitución e inhabilidad general se aplica indistintamente el grado de culpabilidad con el cual se haya cometido la falta disciplinaria, lo cual es bastante aflictivo y estricto, además implica no solamente la desvinculación del cargo del funcionario público, sino además, la imposibilidad de ejercer cualquier otro cargo de la administración, lo anterior, por el término que se haya señalado en el fallo sancionatorio ejecutoriado, pudiendo este ser hasta por el término de veinte 20 años o de carácter permanente⁷.

Por último, es necesario también referirse nuevo Código General Disciplinario, cuya entrada en vigencia es inminente, pero que aún se encuentra en trámite debido a las objeciones planteadas por el Presidente de la República, este proyecto de ley en lo concerniente a las sanciones establece las de destitución e inhabilidad general, la suspensión en el ejercicio del cargo y la inhabilidad permanente cuando se afecte el patrimonio público del estado entre otras⁸. (Proyecto de Ley 55 de 2014, 2014).

⁶ Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

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

⁷ Artículo 46. Límite de las sanciones. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

⁸ Artículo 49. Clases y límites de las sanciones disciplinarias. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.
2. Destitución e inhabilidad general de tres (3) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.
3. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) meses a dos (2) años e inhabilidad especial hasta por el mismo término para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave.
(...)

8. La inhabilidad será permanente cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado.

Este último a pesar de hacer varias modificaciones, se mantuvo en el término de las sanciones más graves en contra de los encontrados responsables de cometer faltas disciplinarias.

2. TITULARIDAD DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

El constituyente en el artículo 209 de la Carta Política⁹, señaló los principios de la función pública, estos son fundamento para determinar la ilicitud sustancial de las conductas típicas en materia disciplinaria, y en el segundo inciso de este texto constitucional prescribe que la administración pública en todos sus órdenes tendrá un control interno que será ejercido en los términos que indique el legislador.

El legislador en el artículo 2 del vigente Código Único Disciplinario¹⁰, otorgó la titularidad de la acción disciplinaria a las oficinas de control interno disciplinario y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las demás entidades del Estado, a esto se le conoce como la autotutela administrativa, la cual es una institución del Derecho Administrativo en la cual se establece que la administración tiene la facultad de imponer su voluntad y ejecutarla sin tener que acudir ante un Juez o Tribunal para que esta decisión tenga carácter coercitivo, en palabras de De la Cuadra Salcedo:

⁹ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

¹⁰ Artículo 2º. Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

(...) la Administración puede, por sí misma (auto tutela) establecer lo que es conforme a Derecho, declararlo, imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos y hacerlos ejecutar sin necesidad de acudir a un tercero –a los Jueces y Tribunales–. Todo ello lo hace por sí misma. (Castillo, 2014)

En el Derecho Disciplinario Colombiano se entiende el principio de autotutela como la facultad de las propias entidades estatales de velar porque los funcionarios ejerzan de forma adecuada sus funciones lo cual se encuentra en cabeza de las oficinas de control interno disciplinario (Procuraduría General de la Nación, 2007, págs. 91-92),.

Se injiere a lo anterior, que la Procuraduría General de la Nación ejerce el llamado poder preferente, de acuerdo a lo establecido en el numeral 6 de la Constitución Política¹¹, el cual consiste en que la Procuraduría puede desplazar al competente de ejercer la acción disciplinaria, para asumir dicha función en la instrucción, acusación y juzgamiento. (Procuraduría General de la Nación, 2007, pág. 94)

2.2 TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA EN ENTES ADMINISTRATIVOS

Aunque parte de la doctrina ha llamado al que ejerce la función disciplinaria Juez disciplinario, la jurisprudencia ha señalado que el operador disciplinario no es Juez ni cumple una función jurisdiccional, esto lo señaló el Consejo de Estado, haciendo referencia a que la Procuraduría General de Colombia no ejerce el poder judicial del estado, y por esto no puede proferir sentencia ya que no es un juez, es por esto que las decisiones tomadas en esta sede administrativa pueden llegar a ser recurridas ante un juez administrativo que es el competente para ejercer el control jurisdiccional sobre

¹¹ ARTICULO 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:
(...)

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

estos actos administrativos¹². (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 2013)

Es claro entonces que estos actos administrativos emitidos por los operadores disciplinarios, pueden ser controvertidos en la jurisdicción, por la vía del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹³, pues no hacen tránsito a cosa juzgada, y pueden ser sujetos de un control judicial posterior.

3. LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

La Convención Americana de Derechos Humanos fue firmada en la ciudad de San José (Costa Rica) y establece la existencia de diversos derechos elementales.

Para nuestro estudio se debe hacer énfasis en los derechos civiles y políticos que se encuentran en el artículo 23 del mencionado instrumento internacional, el mismo señala que todos los ciudadanos tienen derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, al ejercer el derecho al sufragio activo y pasivo con garantías de libre expresión, de tener acceso a las funciones públicas del país.

¹² En forma correlativa, precisa el Consejo de Estado que el control disciplinario que ejerce la Procuraduría General de la Nación no constituye ejercicio de función jurisdiccional. La Procuraduría no juzga ni sentencia, puesto que no es un juez; la máxima autoridad disciplinaria en el ámbito externo de ejercicio de la potestad disciplinaria, pero como se aclaró, esa es una manifestación de la función administrativa, no de la función jurisdiccional. El juez competente es la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de ejercer el control sobre los actos administrativos disciplinarios y el procedimiento seguido para adoptarlos.

¹³ Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho*. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Por último el artículo 23 de la Convención establece que la reglamentación de los derechos civiles y políticos es reserva de ley, y solamente puede hacerse por razones de edad, procedencia nacional, capacidad civil o mental y por condena ordenada por un juez que ejerza un debido proceso penal.¹⁴ (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969)

Como se expuso en la introducción, para que un convenio internacional se integre al bloque de constitucionalidad en Colombia, es necesario que este haya sido ratificado por el Congreso de la República y que reconozca DDHH, requisitos que ya se encuentran satisfechos según lo expuesto anteriormente y el contenido del texto convencional.

El último requisito para que el instrumento internacional haga parte del bloque de constitucionalidad, es que este prohíba la limitación de estos derechos en los estados de excepción, para el caso en concreto, el artículo 27 de la Convención Americana¹⁵ establece que en caso de guerra o de otra emergencia que amenace la independencia del Estado parte, este podrá suspender las obligaciones contraídas por la Convención,

¹⁴ 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.

¹⁵ Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

pero en el numeral 2 del mismo artículo, prohíbe taxativamente el suspender las garantías dispuestas entre otras en el artículo 23 ibídem, que señala los derechos políticos.

4. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la sentencia de constitucionalidad C-028 de 2006, la Corte consideró que este artículo debe ser interpretado sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales adoptados para la lucha contra la corrupción, además señala que los tratados internacionales deben también interpretarse en forma teleológica, es decir ajustándose a los desafíos recientes de la comunidad internacional y por esto no se oponen al ejercicio de la facultad sancionatoria en esta materia por una autoridad diversa de un juez penal. (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

Posteriormente, el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, profirió la sentencia de unificación SU 712 del 2013, en la cual señala que este artículo no prohíbe a los estados para que en sus ordenamientos internos limiten el ejercicio de los derechos políticos, pues este artículo se restringe a dar unas pautas bajo las cuales el legislador puede regular los derechos, también, la Corte cita la sentencia C-028 DE 2006 en lo que se refiere a debe haber una interpretación sistemática del Convenio, y por último señala que los órganos administrativos pueden adoptar sanciones, siempre y cuando respeten el debido proceso y las garantías que le son inherentes. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

5. CASOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una entidad de la Organización de Estados Americanos, que de acuerdo a su Estatuto ejerce la misión de tutelar los derechos humanos en el continente americano, esta entidad tiene dos funciones, las cuales son consultiva y jurisdiccional¹⁶, la primera consiste en resolver consultas

¹⁶ Artículo 2
Competencia y Funciones

propuestas por los estados miembros de la Organización de Estados Americanos; y la función jurisdiccional consiste en conocer de presuntas violaciones por parte de los estados a la Convención Americana de Derechos Humanos (siempre y cuando hayan ratificado la Convención), y de acuerdo a los hechos probados la Corte puede declarar la responsabilidad de los estados y ordenar la reparación a las Víctimas según el caso. (Resolución No 448, 1979)

A los fallos que profiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se les conoce como casos.

El primer caso objeto de estudio es el Yatama Vs. Nicaragua, es importante este precedente pues se resolvió sobre la aplicación de los derechos civiles y políticos dispuestos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este precedente hace referencia a la comunidad Yatama que está ubicada en el país de Nicaragua, la misma está conformada por población indígena y étnica, esta población se vio afectada por la expedición de la Ley Electoral No. 331 de 2000, la cual omitió contemplar las asociaciones de suscripción popular excluyéndolas de su participación en las elecciones, pues esta ley solo permitía la participación en los sufragios a través de la creación de partidos políticos, posteriormente esta comunidad realizara el procedimiento para la crear un partido político sin embargo, la Comisión Suprema Electoral expidió una resolución excluyendo a este partido político por no cumplir con los requisitos.

En las consideraciones de Corte hace referencia expresa al artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, indicando que los derechos políticos no son absolutos y admiten limitaciones, sin embargo estas limitaciones solo son aquellas previstas en el instrumento internacional, la Corte señaló:

La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva:

1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención.
2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención.

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. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. (Caso Yatama Vs. Nicaragua, 2005)

Es preciso enfatizar en que la Corte para este caso, determinó que se debe atender a la literalidad del artículo 23.1 de la Convención Americana.

El segundo caso al que haremos referencia, es de gran relevancia, pues los hechos se presentaron en un país vecino de Colombia, y los mismos están directamente relacionados con el objeto de estudio de este artículo.

La CORIDH en el año 2011 profirió sentencia en el caso López Mendoza Vs Venezuela, los hechos que dieron origen a la demanda, se remontan al año 2000, año en el cual el señor Leopoldo López Mendoza fue elegido por voto popular alcalde del municipio Chacao y reelegido el 31 de octubre de 2004, el señor López luego de finalizar su periodo en este cargo, pretendía ser candidato para la Alcaldía Mayor de Caracas, pero no le fue posible, pues fue sancionado en virtud de dos procesos administrativos llevados a cabo por la Contraloría General de la República.

Con respecto al artículo 23, numeral 2, la Corte en sus consideraciones señaló literalmente:

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.

(...)

En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza. (Caso López Mendoza Vs Venezuela, 2011)

Este argumento per se, configuraría una prohibición a los estados para imponer restricciones a los derechos civiles y políticos lo cual solo sería procedente mediante una condena proferida dentro de un proceso penal, sin embargo, la Corte incurre en ambigüedades, pues en el mismo fallo posteriormente señala:

Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana²¹². Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. (Caso López Mendoza Vs Venezuela, 2011)

También es preciso traer a colación, el caso del Tribunal Constitucional vs Perú, que se originó en la época en la cual fue elegido Alberto Fujimori como presidente del Perú, de conformidad con la Constitución por el término de cinco años, sin embargo el artículo

205 de la misma Carta Política¹⁷, prohibía la reelección presidencial inmediata. El 5 de abril de 1992 el Presidente Fujimori disolvió el Congreso y el Tribunal de Garantías Constitucionales, y destituyó a numerosos jueces de la Corte Suprema de Justicia, posteriormente el Congreso del Perú decidió mediante resoluciones legislativas decidió destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional del Perú, pues previamente se les había llevado a cabo un juicio político, debido a un fallo proferido por esta corporación.

En este fallo, la Corte es flexible en lo que se refiere a la apreciación sobre el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, siempre y cuando este respete los derechos y garantías establecidas en la Convención Americana, a este respecto literalmente el fallo señala:

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana. (Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, 2001)

6. TEORÍAS DOCTRINALES COMPARADAS

En Colombia el régimen disciplinario general de los funcionarios públicos (existen regímenes especiales), está regulado por la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), el cual a pesar de las críticas y yerros, ha mostrado ser una valiosa herramienta para proteger los fines y funciones de la administración pública, para

¹⁷ **Artículo 205.** El mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección, debe haber transcurrido un período presidencial.

Sánchez se trata de una herramienta de control ideal, moderna y eficaz detiene perjuicios superiores en el funcionamiento del Estado, y además ha permitido la imposición de las sanciones severas que marcan un precedente histórico. (Sánchez, 2012, pág. 33).

Ahora bien, se debe indicar que el ejercicio del derecho sancionador administrativo no es una tendencia de orden latinoamericano exclusivamente, en países europeos como España, este hace parte del ordenamiento jurídico, esta potestad sancionatoria en manos de entidades administrativas.

En España sobre todo, el ejercicio del *ius puniendi* estatal ha sido sobresaliente en comparación con los demás estados que conforman la Comunidad Europea, y es que desde la misma Constitución se ha permitido esta facultad al estado, pues la carta también establece garantías para los ciudadanos que se enfrenten a posibles sanciones disciplinarias, por lo cual no se podría hablar de una inconstitucionalidad del mismo dentro de la monarquía española, incluso cuando se desborda el marco de lo disciplinario y las relaciones especiales de sujeción. (Rebollo Puig Manuel, 2009, pág. 31)

El mismo autor, refiere que de acuerdo a lo previsto por el artículo 25, numeral 3 de la Constitución Española¹⁸, la administración civil no puede imponer sanciones que impliquen privación de libertad, sin embargo si se pueden imponer sanciones como la multa, el comiso, las prohibiciones de realizar ciertas actividades durante cierto tiempo o la restricción de la capacidad para contratar con la administración. (pág. 30)

¹⁸ **Artículo 25**

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.
2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.
3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

En Brasil, existen tres medios de defender la probidad o moralidad administrativa, estas son en materia civil, penal y administrativa, al igual que en Colombia las cuestiones disciplinarias son resueltas por los propios órganos del que haga parte el funcionario incurso en una falta.

El estado brasilero creó como lo refiere Valença una ley llamada la Ley de Cuello blanco, la cual establece sanciones ejemplarizantes para quienes sean encontrados autores o beneficiarios de conductas de improbidad administrativa, todo en el ámbito extrapenal.

Ahora bien, doctrina ha reconocido la necesidad del ejercicio de la potestad sancionadora en manos del estado, sin embargo esta potestad también debe tener unos límites establecidos, y esto en palabras del doctrinante Rodas (Rodas, 2005):

En un Estado social de derecho el problema no consiste en reconocer la necesidad de tales instrumentos o su desarrollo cuantitativo, sino el establecimiento de los principios necesarios que impongan limitaciones a su ejercicio con el objeto de garantizar los derechos ciudadanos y controlar la arbitrariedad, de forma que en este ámbito tales principios el Estado de derecho tengan una efectiva vigencia. (Rodas, 2005, pág. 41).

Aunado a lo anteriormente señalado, hay diversos autores que abogan por la existencia del derecho administrativo sancionador, como un ordenamiento jurídico diverso del derecho penal, para Jalvo este *ius puniendi* está sustentado en las relaciones especiales de sujeción, y protege bienes jurídicos distintos de los tutelados por el derecho penal, textualmente la autora señala:

Una vez más, aflora el concepto del poder disciplinario expresivo de una potestad doméstica ejercida en el marco de una relación de sujeción especial. La diferencia cualitativa del derecho disciplinario, como el fundamento originario de la potestad disciplinaria, se hace descansar en la relación de sujeción especial y en la separación que esta categoría origina entre el orden doméstico administrativo y el orden social general. Desde esta perspectiva, se entiende que

las infracciones disciplinarias afectan el buen funcionamiento del servicio. Sin repercusión sobre el orden general. En última instancia, la diferencia cualitativa entre ambos descansa en la diversidad de bienes jurídicos protegidos por cada uno. (Jalvo, 2006, pág. 100)

No obstante, existe también doctrina que se opone a que el Estado delegue la potestad sancionadora a un ente administrativo, para Nogueira un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede contemplar la afectación del derecho al sufragio pasivo imponiendo una inhabilidad mediante un procedimiento y sanción de un órgano administrativo, lo anterior se justifica en que esta inhabilidad es una medida desproporcionada con respecto a una infracción administrativa y también señala que:

(...) en materia de sanción a la probidad administrativa, puede imponer multas razonables y proporcionadas a la responsabilidad determinada, las cuales son suficientemente ejemplarizadoras para un funcionario público que haya infringido la probidad pública. Sólo en la medida que el Estado considere que la infracción de la probidad pública es de tal importancia que merezca una medida de último ratio, puede establecer una figura típica, que determine los elementos conformadores de una conducta delictiva, estableciendo su sanción penal por un juez con jurisdicción penal, luego de un debido proceso. (Nogueira Alcalá, 2011)

Se colige de lo anterior, que no existe una posición solidificada sobre este tema, y para otros autores, ni siquiera se ha logrado determinar la naturaleza del derecho disciplinario, esto es si pertenece al derecho penal, al derecho administrativo o se trata de una rama autónoma del derecho.

Para el caso colombiano, existen autores que son críticos de las amplias facultades designadas a la Procuraduría General de la Nación, pues estas funciones ya están siendo ejercidas por otras entidades del estado, y que el derecho disciplinario es un

sistema inquisitivo y que no garantiza los derechos de los sujetos disciplinables, es así como Uprimny dice:

El proceso disciplinario es además inquisitivo y con pocas garantías, pues la Procuraduría es juez y parte: investiga, acusa, practica las pruebas, falla y resuelve las apelaciones. Esto es gravísimo pues se trata de una institución jerárquica, en donde todos los funcionarios responden a las instrucciones del gran jefe, que es el procurador general, quien incluso puede asumir directamente cualquier proceso disciplinario.

En Colombia, además, hemos admitido que una falta disciplinaria puede estar descrita muy genéricamente en la ley. No requiere las precisiones y especificaciones de un delito. (Uprimny, 2013)

Por otro lado para Hernández, esta disciplina se encuentra en construcción y su objeto es definir las conductas de los servidores públicos que atentan contra la ética y la fidelidad, este autor precisa:

Como efecto de esta falta de unificación de conceptos, así como de la inexistencia de estudios profundos sobre la naturaleza de los principios del derecho disciplinario, y en especial sobre la aplicación del principio de culpabilidad, se permite que el operador disciplinario tenga amplio margen de discrecionalidad al momento de evaluar el actuar del sujeto disciplinable y se presenten valoraciones arbitrarias de las conductas disciplinables, admitiéndose la imposición de sanciones desproporcionadas que no consultan el principio de proporcionalidad. (Nelson, 2006, pág. 17)

Es decir, que de acuerdo a esta posición, es menester realizar una construcción dogmática y jurídica más avanzada, que no permita el alto nivel de arbitrariedad del cual se encuentra imperante en esta área del derecho, sin embargo, este autor no desdeña del todo al derecho administrativo sancionador con respecto al derecho penal, pues señala que debe ser objeto de una mayor construcción enfatizándose en el tema de los principios.

Para el caso colombiano, esta construcción encuentra un obstáculo en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues de su interpretación literal se dilucida una contradicción insalvable, para Roa este problema fue evadido por la Corte Constitucional de Colombia, manteniendo incólume esta potestad del estado, pero esto no quiere decir que el régimen disciplinario colombiano no vaya en contra de la Convención, el autor en una conclusión sobre salvamentos de voto indicó que el caso López Mendoza es igual al caso de la senadora colombiana Piedad Esneda Córdoba.

El mismo autor señala que la Corte Constitucional de Colombia realizó una interpretación contraria al precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza el cual es vinculante, por lo cual aquellas sentencias anteriores a este fallo pierden su vigencia y no pueden ser aplicados posteriormente, por lo anterior el Procurador General de la Nación únicamente tiene la facultad constitucional de vigilar y denunciar faltas disciplinarias de los servidores públicos pero no tiene la competencia para imponer sanciones a los funcionarios públicos. (Roa, 2015, pág. 12)

Roa finalmente propone como solución el uso de la función consultiva de la Corte Interamericana, esto por parte de los órganos de control constitucional de los países parte de la Convención Americana, esto como mecanismo para crear dialogo entre los tribunales, con el fin de lograr un fortalecimiento de la democracia (pág. 23).

7. CONCLUSIONES

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evadido el señalar una posición unívoca y clara sobre las destituciones de servidores públicos por parte de entes administrativos, sin embargo, existen demandas que cursan ante este tribunal, en este sentido, que obligaran a este órgano a determinar cuál es la interpretación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
2. El ejercicio del derecho sancionatorio o disciplinario por órganos de control constituyen una herramienta de lucha contra la corrupción y mecanismo de

- autotutela de la administración, que protege bienes jurídicos distintos a los que protege el derecho penal.
3. El derecho sancionatorio o disciplinario se encuentra en estado de construcción, toda vez que como se ha señalado tiene falencias importantes, sobre todo en lo relacionado con la amplia discrecionalidad de que disponen las entidades como la Procuraduría (En el caso Colombiano) o la Contraloría (En el caso Venezolano), es por esto que los Estados deben adoptar paulatinamente reformas a sus ordenamientos jurídicos, que permitan un mayor garantismo en la protección de los derechos de los servidores públicos, cuando se hace uso del *ius puniendi* en materia sancionatoria, lo anterior debido al carácter gravemente aflictivo que pueden producir estas decisiones cuando son condenatorias.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.
- Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Enero de 2001).
- Caso López Mendoza Vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Septiembre de 2011).
- Caso Yatama Vs. Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de junio de 2005).
- Castillo, T. d. (Febrero de 2014). *Universidad Carlos III de Madrid*. Obtenido de Instituciones básicas del Derecho Administrativo: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion6.pdf>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia 11-001-03-25-000-2011-00115-00 (0390-2011) (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren 11 de Julio de 2013).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (22 de Noviembre de 1969).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero 18 de Mayo de 1995).

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-028 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 26 de Enero de 2006).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-712 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio 17 de Octubre de 2013).
- Jalvo, B. M. (2006). *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos (Fundamentos y regulación sustantiva)*. Valladolid: Lex nova.
- Ley 200 de 1995, Por el cual se adopta el Código Disciplinario Único (DO. N° 41.946 28 de Julio de 1995).
- Ley 734 de 2002, Por la cual se expide el Código Disciplinario Único (D.O. 44.708 5 de Febrero de 2002).
- Nelson, H. (2006). El principio de culpabilidad en el derecho disciplinario colombiano un concepto por definir. *Justicia juris*, 15-22.
- Nogueira Alcalá, H. (2011). Informe Pericial del Caso López Mendoza Vs Venezuela. *Estudios Constitucionales Volumen 9*, 339-362.
- Procuraduría General de la Nación. (2007). Control disciplinario interno y externo. En O. colectiva, *Lecciones de Derecho Disciplinario* (págs. 91-92). Bogotá D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Proyecto de Ley 55 de 2014, Por la cual se expide el Código Disciplinario único (6 de agosto de 2014).
- Rebollo Puig Manuel, I. C. (2009). Ámbito material del derecho administrativo sancionador y del derecho penal. En I. C. Rebollo Puig Manuel, *Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España* (pág. 31). Bogotá: Red Revista Estudios Socio Jurídicos.
- Resolución No 448, Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (Adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz (Bolivia) Octubre de 1979).
- Roa, J. E. (2015). La Aplicación Nacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Políticos. *Serie Documentos de Trabajo*.
- Rodas, J. C. (2005). Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano. En J. C. Rodas, *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano* (pág. 41). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez, E. M. (2012). Dogmática practicable del derecho disciplinario. En E. M. Sánchez, *Dogmática practicable del derecho disciplinario* (pág. 33). Bogotá D.C.: Ediciones Nueva Jurídica.
- Uprimny, R. (19 de Octubre de 2013). La Procuraduría ¿Innecesaria o peligrosa? *El Espectador*.
- Valença, L. G. (2012). Segundo Congreso Internacional de Derecho Disciplinario. *Probidad administrativa* (pág. 8). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

