

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO INVOCADO POR
SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR EN COLOMBIA**

**Nueva lectura de las causales de “*violación de una norma superior*” y
“*funcionario sin competencia*” a la luz del precedente interamericano**

Marisol Durán Devia

Andrés Eduardo Ordóñez Durán

Director de tesis

Dr. José Rory Forero Salcedo

Universidad Libre de Colombia

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá

2021

AUTORIDADES ACADÉMICAS

DR. JORGE ALARCÓN NIÑO

Presidente Nacional

DR. JORGE GAVIRIA LIÉVANO

Vicepresidente Nacional

DR. FERNANDO DEJANÓN RODRÍGUEZ

Rector Nacional

DR. FLORO HERMES GÓMEZ PINEDA

Secretario General

DR. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Censor Nacional

DRA. ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidente Sede Principal

DR. LUÍS FRANCISCO RAMOS ALFONSO

Decano Facultad de Derecho

DRA. ANA ROCÍO NIÑO

Secretaría Académica

DR. JOHN FITZGERALD MARTÍNEZ VARGAS

Director Centro de Investigaciones

DR. BELISARIO DAZA GONZÁLEZ

Coordinador Área de Investigación

Contenido

INTRODUCCIÓN	5
Contexto del problema	5
Descripción del problema	166
Pregunta de investigación	20
Hipótesis	200
Objetivos	211
Objetivo General	211
Objetivos específicos	222
Metodología	23
Tipo de investigación.....	233
Método de investigación.....	24
Técnica e instrumentos de recolección de datos	277
Acotación material.....	29
Justificación	29
CAPITULO I. PRECEDENTE INTERAMERICANO Y MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, INVOCADO POR SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR, A PARTIR DE LAS CAUSALES DE “FUNCIONARIO SIN COMPETENCIA” Y “VIOLACIÓN DE UNA NORMA SUPERIOR”.....	311
1.1. Desarrollo normativo.	32
1.2. Desarrollo jurisprudencial.	366
1.3. Desarrollo doctrinal	566
CAPITULO II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DEL 8 DE JULIO DEL 2020, CASO PETRO VS COLOMBIA.	733
2.1. Antecedentes internos del Caso Petro Vs Colombia: Posturas de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.....	744
2.2. Contenido de la Sentencia de la Corte Interamericana del 8 de julio del 2020 Caso Petro Vs Colombia en relación con la identificación del funcionario competente para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular.	866

2.3. Alcance en el derecho nacional de la Sentencia de la Corte Interamericana del 8 de julio del 2020 Caso Petro Vs Colombia en relación con la violación de una norma superior.	955
CAPITULO III. PROPUESTA PARA CONFIGURAR LAS CAUSALES DE “FUNCIONARIO SIN COMPETENCIA” Y “VIOLACIÓN DE UNA NORMA SUPERIOR”, CON FUNDAMENTO EN EL PRECEDENTE INTERAMERICANO, PARA HACER PROCEDENTE EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN CONTRA DEL FALLO EMANADO POR LA PROCURADURÍA QUE DESTITUYE A SERVIDORES PÚBLICOS ELEGIDOS POR VOTO POPULAR.	
3.1. Obligatoriedad del precedente interamericano (figura del control de convencionalidad).	1244
3.2. Incorporación del precedente interamericano en el derecho interno en torno al art. 23.2 de la Convención Americana.	1333
3.3. Configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, con fundamento en el precedente interamericano.	1533
CONCLUSIONES	1888
REFERENCIAS.....	1922

INTRODUCCIÓN

Contexto del problema

Uno de los flagelos más grandes en la sociedad colombiana es la corrupción de los servidores públicos quienes utilizan los dineros, que el Estado debe invertir en justicia distributiva, en beneficio propio o de terceras personas, pero, en todo caso, para propósitos distintos de aquellos que invocaron su destinación legal. De esta manera, el Estado no cumple adecuadamente con el deber de distribuir equitativamente los bienes y los servicios en la población, lo que estanca la progresiva materialización de los derechos sociales, económicos y culturales.

Cuando esos servidores públicos son elegidos en virtud del sufragio popular, el problema se agudiza, porque las instituciones que representan pierden confianza y legitimidad en el conglomerado social. De esta manera, se socavan las bases de la democracia representativa, porque no se cumple el propósito social inmerso en el ejercicio del derecho a elegir. Así pues, los cimientos teóricos del contrato social se desvanecen en el marco de la justicia distributiva, pues las razones que llevaron a los individuos a votar por determinado representante, no encuentran su realización en la labor del servidor público, en perjuicio del acceso equitativo de bienes y servicios, por parte de la población.

La sociedad colombiana ha sido fiel testigo de las actuaciones de diversas personalidades de la vida nacional, a quienes se les ha enrostrado actos de corrupción, por indebida utilización de los dineros del Estado cuya destinación legal se fijó para beneficio social; entre ellos, los hechos que han permeado la vida política de Iván Moreno Rojas, Germán Olano Becerra, Hipólito Moreno, Andrés Camacho Casado, José Juan Rodríguez, Samuel Moreno Rojas, Piedad Córdoba y Gustavo Petro Urrego, por citar algunos ejemplos; todos ellos, nombrados en virtud de la decisión colectiva.

El Constituyente de 1991, no ajeno a estas realidades, le otorgó al Ministerio Público, el poder disciplinario, a fin de investigar y sancionar las conductas de aquellas personas que desempeñan funciones públicas, incluso de quienes son elegidas en virtud del ejercicio del derecho al voto, de la mano con la consagración de unas garantías aplicables a todo tipo de actuación, sea de carácter administrativo o penal, como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la contradicción, el non bis in ídem, el principio de legalidad, la no autoincriminación, entre otras.

A su turno, en el escenario del derecho penal, la Ley 599 de 2000, consagró tipos penales con sanciones drásticas, en relación con los comportamientos cuyo sujeto activo es el servidor público y se trate de actuaciones que, al verificar su adecuación típica, se advierte que lesionan el

bien jurídico del correcto y adecuado funcionamiento de la administración pública.

Esto significa que, frente a un acto de corrupción cometido por un servidor público elegido por voto popular, en el ordenamiento jurídico interno, se pueden adelantar de manera independiente y autónoma, el proceso penal y el procedimiento disciplinario, sin que la decisión que se adopte en uno de los escenarios sea exigible en el otro, justamente por la diversidad de intereses que cada área tiende a reivindicar.

Lo que sí es claro, es que, los dos procedimientos hacen parte del derecho sancionatorio y, por ello, deben respetar y cumplir las garantías mínimas del debido proceso. Sin embargo, la Corte Constitucional ha sido clara y enfática en establecer que, al proceso disciplinario no se pueden trasladar de manera idéntica la protección que, de tales garantías, transcurre en el proceso penal, pues en éste, su amparo es más exigente, atendiendo al derecho que está en juego, esto es, la libertad del sujeto pasivo de la acción penal.

Por ello, si bien, no se duda que los actos de corrupción en los que incurren los servidores públicos elegidos por voto popular, deben ser sancionados y de ninguna manera tolerados, lo cierto es que, atendiendo a la gravedad de la conducta y la necesidad de que se haga justicia, el escenario idóneo para cumplir tales propósitos es el proceso penal, ya que no sólo es

exigente, en relación con las garantías de un juicio justo, sino que, el diseño de la pena, atiende a los fines de la retribución justa, la prevención general y la prevención especial que, tienen el propósito de impedir la realización o perpetración de este tipo de comportamientos.

En el proceso disciplinario, en cambio, si bien, está latente el respeto de tales garantías, el mismo no es tan exigente, pues no está en juego el derecho a la libertad del investigado y la viabilidad de este tipo de procedimientos tendría una fuerte incidencia en la democracia que sustenta el Estado Social de Derecho incorporado en la Constitución Política de 1991, ya que un organismo de control limitaría la decisión colectiva y mayoritaria del conglomerado social, que mediante el voto posicionó al servidor público como el representante de la población.

Sin embargo, según estadísticas aportadas por la Procuraduría General de la Nación, en lo corrido del 2017 a agosto del 2020, fueron castigados mil doscientos veintiún servidores públicos elegidos por sufragio popular, como conclusión de un proceso disciplinario, de los cuales, terminaron con destitución quinientos noventa y dos alcaldes, así como catorce gobernadores (Ortiz, 2021; PGN, 2021). Estos datos son notables, a propósito del debate que ha suscitado la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, mediante sentencia del 18 de agosto de 2020 condenó al Estado Colombiano por haber interferido los derechos políticos de Gustavo Petro Urrego, por fuera de las posibilidades establecidas en el artículo (en

adelante art.) 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), el cual establece que únicamente, tal limitación (mediante la destitución) procede en virtud de la decisión de un juez adoptada en un proceso penal.

Los alcances del fallo interamericano en el ámbito doméstico, no han estado libres de vicisitudes, que han emergido de variadas posturas e interpretaciones, de diversos estamentos judiciales y administrativos, que permean la vida política y jurídica de la nación e inciden en las relaciones jurídicas entre el Estado y los individuos del territorio, en torno a los diversos mecanismos de acceso a la justicia, siendo uno de ellos el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho invocado por el servidor público en contra del acto administrativo de la Procuraduría que decide su destitución.

En efecto, antes de la expedición de la sentencia interamericana, señalada, la Corte Constitucional ya había abonado y consolidado un precedente con el que, no sólo reconocía y validaba la competencia de la Procuraduría para destituir a servidores públicos nombrados en un proceso de elección popular, en virtud del ejercicio de la potestad disciplinaria, sino que, además, en dichas oportunidades había sido enfática en considerar que tal competencia resultaba acorde con el art. 23.2 de la Convención Americana, pues éste no imponía un modelo democrático, en particular, y las causales ahí establecidas no excluían el diseño de vigilancia de la conducta de los servidores públicos acogida por la norma constitucional colombiana, el cual,

además, estaba configurado de tal manera, que permitía la materialización de las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva, por ser pasible de control ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de los medios de control de simple nulidad y el de nulidad y restablecimiento del derecho (Corte Constitucional, C-028, 2006; C-651, 2006; C-101, 2018; C-086, 2019; C-111, 2019).

El Consejo de Estado, por su parte, había mantenido la misma posición, salvo lo manifestado en la providencia del 15 de noviembre de 2017, en la cual, consideró que, tratándose de servidores públicos elegidos por el pueblo, la Procuraduría no ostentaba la competencia para proceder a su destitución en actos que no fueran constitutivos de corrupción, comoquiera que la naturaleza de este órgano administrativo distaba de ser judicial y el trámite no transcurría en un proceso penal. Lo anterior se dio, en el ámbito del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho invocado por Gustavo Petro Urrego en contra del fallo de la Procuraduría que decidió su destitución.

En dicha ocasión, el Consejo de Estado hizo un control de convencionalidad, para estimar que tal potestad, incluso, resultaba violatoria de una norma superior, esto es, el art. 23.2 de la Convención Americana cuya incorporación al ordenamiento jurídico interno, se hacía en razón a los mandatos establecidos en el art. 93 de la Carta Política de 1991.

Sin embargo, la postura del Consejo de Estado no ha sido sólida, ni constante, porque en el Auto del 13 de febrero de 2018, dentro del mismo caso, aclaró la sentencia comentada, para afirmar que la misma generaba efectos *inter partes*, de manera que las consideraciones contenidas en ella, ni sujetaban, ni obligaban a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por no generar efectos *erga omnes*.

De esta manera, el control de convencionalidad que había adelantado el Consejo de Estado sobre la incompetencia de la Procuraduría para destituir a servidores públicos elegidos por sufragio, con fundamento en el art. 23 de la Convención Americana, en el caso Gustavo Petro Urrego, fue desconocido, en adelante, por este órgano judicial. Basta ver, la decisión del 23 de julio de 2020 con la cual, el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Samuel Moreno Rojas, en contra del fallo de la Procuraduría que lo destituyó e inhabilitó por dieciocho años. Aquí, el Consejo de Estado, trayendo a colación el precedente constitucional, resaltó que la Procuraduría sí ostentaba la competencia para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular y reiteró que los argumentos de la sentencia del 15 de noviembre de 2017, ni suprimían, ni modificaban, ni anulaban dicha competencia.

Conforme a la providencia enunciada (y es la posición actual), el Consejo de Estado resaltó que, en eventos de corrupción, la Procuraduría seguía manteniendo la competencia para destituir a servidores públicos de

elección popular; conclusión que resultó de un análisis integrado con los Instrumentos Internacionales dispuestos para la lucha contra la corrupción de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, en vista de que la sanción transcurre en un procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales.

Dentro de esos derechos fundamentales, el Consejo de Estado recalcó la posibilidad de atacar el acto administrativo sancionatorio acudiendo a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, a efectos de que ésta entre a revisar la constitucionalidad de la actuación disciplinaria, bajo las causales previstas para la nulidad y el restablecimiento del derecho, descartando, en todo caso, la procedencia del medio de control por las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, si quien adoptó la decisión fue la Procuraduría y el cargo se centra en la infracción del art. 23 de la Convención Americana. De esta manera, la viabilidad de la acción, estaría dada por la transgresión de garantías del debido proceso, diferentes a las enunciadas.

En este contexto de análisis, resulta problemática la potestad de la Procuraduría en torno a la destitución de servidores públicos seleccionados en el ejercicio del voto público, pues el precedente interamericano afianza la necesidad de que sea un juez penal quien adopte la decisión y no un órgano administrativo. La principal razón estriba en que, en el periplo penal son observadas con carácter estricto las garantías de un juicio justo previstas en el art. 8 de la Convención Americana, no así en el contexto disciplinario. Para

ejemplificar la situación, habría que mencionar que, una de esas garantías consiste en la posibilidad de impugnar la decisión bajo la fórmula de la doble instancia.

Justamente, este aspecto fue abordado por el Consejo de Estado en el proceso activado por Samuel Moreno Rojas, en cuya disertación el órgano judicial estimó que las decisiones de la Procuraduría no eran sentencias judiciales, a las cuales, les resultara aplicable la segunda instancia y por ello, el proceso de única instancia regulado en el art. 7 del Decreto 262 del 2010, era ajustado a la norma constitucional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos que exigían tal garantía únicamente para el proceso penal.

Nótese cómo, existe una grave contradicción en la postura que avala la facultad de la Procuraduría para destituir a servidores públicos de elección popular que, finalmente, sí permite establecer un desconocimiento de lo conceptualizado en el precedente interamericano: se afirma que el Procuraduría sí tiene competencia para destituir a servidores públicos seleccionados en virtud del sufragio; que tal competencia es conforme al art. 23.2 de la Convención Americana si se cumplen dos condiciones, la primera que se trate de actos de corrupción y la segunda que el acto de destitución transcurra en un proceso que si bien no es penal, respete todas las garantías del art. 8 de la Convención Americana que son aplicables al proceso penal. Empero, al descender a la materialización de dicha tesis en casos concretos se puede avizorar que la potestad disciplinaria y el trasegar en el cual aquella se

desenvuelve no goza de las garantías propias de un proceso penal, pues no hay independencia del órgano investigador respecto del ejecutivo, como si se predica del poder judicial y, además, como sucede en este caso, no está garantizada la impugnación, bajo la fórmula de la segunda instancia.

Finalmente, la Procuraduría ha entendido que la providencia interamericana del 18 de agosto de 2020 (en el caso Gustavo Petro Urrego) no transgrede ni pretende desconocer la institucionalidad del Estado Colombiano, en tanto, no lo obliga a realizar una reforma estructural de los procedimientos disciplinarios que adelanta la Procuraduría, ya que, por ejemplo, la misma Corte Interamericana indicó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha avalado la competencia del Ministerio Público para destituir a servidores públicos nombrados en virtud del sufragio, no generaron un riesgo para los derechos políticos de los individuos. De ahí que, la postura de la Procuraduría, con ocasión del precedente interamericano, en torno a la interpretación del art. 23.2 de la Convención Americana, se centra en que ella puede seguir ejerciendo la potestad disciplinaria con la facultad de destituir e inhabilitar a los servidores públicos seleccionados por el voto, siempre que se trate de actos de corrupción y con el respeto pleno de las garantías fundamentales; dentro de estas últimas, se aborda la posibilidad de que tales decisiones sean revisables por el poder judicial (PGN, 2021).

En este escenario, la nulidad y el restablecimiento del derecho, es un medio de control estatuido en la Ley 1437 de 2011 que, justamente, le permite

a la Jurisdicción Contencioso Administrativa revisar la legalidad del acto emanado por la Procuraduría que ha decidido destituir a un servidor público de elección popular, así como verificar, en cada caso, que se han cumplido los derechos constitucionales.

Dentro de las causales que hacen procedente este medio de control, a la luz del art. 137 de la norma en cita, están la infracción de las normas superiores en las cuales el acto administrativo debía fundarse y la falta de competencia del funcionario que lo expidió. Sin embargo, de acuerdo a lo conceptuado por el Consejo de Estado en el caso de Samuel Moreno, en la sentencia del 23 de julio de 2020, es claro que, no procede el mentado medio de control, si los cargos de la demanda giran en torno a la incompetencia de la Procuraduría o a la violación del art. 23.2 de la Convención Americana, cuando se discute la destitución de servidores públicos elegidos por voto popular.

De acuerdo a lo anterior, la procedencia del medio de control enunciado, está atada a cargos diferentes a la incompetencia de la Procuraduría para destituir a servidores públicos de elección popular y a la violación del art. 23.2 de la Convención Americana, pues como se ha visto, en el derecho nacional se ha entendido que la potestad disciplinaria de la Procuraduría, no sólo está reconocida constitucionalmente sino que, además, dicha constitucionalidad se ha entendido, de igual manera, como convencional; esto es, armónica con los estándares internacionales que establecen cuáles son las legítimas

limitaciones a los derechos políticos, siempre que, por un lado, se traten de actos de corrupción y, por el otro, sean respetuosas de las garantías del debido proceso.

En este escenario, si se adopta el precedente constitucional, la posición mayoritaria del Consejo de Estado y la postura de la Procuraduría, habrá de concluirse que la nulidad del fallo emitido por el Procuraduría que decide la destitución de servidores públicos de elección popular, no procede materialmente por las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de norma superior”, si lo que se discute es que, conforme al precedente interamericano, la Procuraduría no tenía la competencia para destituir e inhabilitar al servidor público de elección popular; siendo tal interpretación abiertamente violatoria de las obligaciones asumidas por el Estado colombiano ante el sistema regional de protección de derechos humanos.

Descripción del problema

En Colombia, la Procuraduría como autoridad administrativa ostenta la titularidad de la potestad disciplinaria; en virtud de ella puede destituir a servidores públicos elegidos por voto popular como conclusión de un proceso disciplinario, con fundamento directo en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 734 de 2002. Al ser una competencia válida y legítima, a nivel interno no procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo

las causales de funcionario sin competencia y violación de una norma superior, contra el acto administrativo que adopte tal determinación.

Esta interpretación ha sido acogida en el precedente constitucional en punto a la validez constitucional de la competencia de una autoridad administrativa de sancionar a los servidores públicos de elección popular, en el contexto de un proceso disciplinario siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso ya que, para la Corte Constitucional, la jurisprudencia interamericana que ha exigido que sea únicamente un juez penal no tiene el carácter de norma supranacional (C-111 de 2019).

De otro lado, el Consejo de Estado ha establecido, en casos puntuales, como el de Gustavo Petro Urrego, que procede la nulidad y restablecimiento del derecho en contra del fallo emanado por la Procuraduría que decide destituir a servidores públicos elegidos por voto popular por las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”. Para ello, el Consejo de Estado ha acudido a la figura del control de convencionalidad para darle valor jerárquico superior al precedente interamericano en el ordenamiento jurídico colombiano, en torno a la interpretación del art. 23.2 de la Convención Americana.

Sin embargo, ha aclarado que dichos pronunciamientos únicamente tienen efectos *inter partes* y no *erga omnes*, de manera que no sujetan, ni

obligan a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Rad. 1131-2014, noviembre, 15, 2017). Así lo aclaró el Máximo Órgano Judicial de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en decisión del 13 de febrero del 2018 (Auto que resuelve solicitud de aclaración de sentencia del 15 de noviembre de 2017, 2018).

En contraste, la Corte Interamericana faculta únicamente a un juez, para que, mediante un proceso penal, limite los derechos políticos de los servidores públicos elegidos por voto popular; postura que consolidó con la sentencia, en la cual, condenó al Estado colombiano en el caso Gustavo Petro Urrego (Corte Interamericana, julio, 8, 2020).

En vista de lo anterior, el 25 de marzo de 2021 la Procuraduría radicó en el Senado de la República un proyecto de ley que pretende modificar el art. 2 del Código Disciplinario atribuyéndole facultades jurisdiccionales al Ministerio Público; esto es, revistiéndola de la calidad de juez para la vigilancia disciplinaria de los servidores públicos incluyendo los de elección popular, en cuyo marco podrá imponer sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad; prevé las etapas de instrucción y juzgamiento con funcionarios diferentes, así como la doble instancia y la doble conformidad (Ámbito Jurídico, 2021).

En efecto, se expidió la Ley 2094 de 2021 que le atribuye facultades jurisdiccionales a la Procuraduría en la vigilancia de la conducta oficial de los

servidores públicos, incluidos aquellos elegidos por voto popular, en virtud de lo cual, puede imponer la destitución como sanción. Asimismo, esta normatividad supedita *la ejecución de la sanción* a lo que decida la jurisdicción contencioso administrativa cuando se demande el acto administrativo emitido por la Procuraduría.

De lo anterior, se puede inferir que, no procede el medio de control estudiado, si se alega que el funcionario que la emitió no tiene la competencia a la luz del precedente interamericano o que, al desconocerse éste, el fallo se ha fundado en la violación de una norma superior, pues se convalida la competencia de la Procuraduría, como entidad con funciones jurisdiccionales, para adelantar el procedimiento disciplinario, de manera que únicamente la ejecución de la sanción quedaría supeditada a lo que decida el Juez Contencioso Administrativo.

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional no reconoce obligatoriedad a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con la interpretación que ésta ha hecho del art. 23.2 de la Convención Americana y que la Ley 2094 de 2021 modificó el Código Único Disciplinario en el sentido de revestir de facultades jurisdiccionales a la Procuraduría y que, bajo estos argumentos, no procedería el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del fallo disciplinario de destitución, bajo las causales de “funcionario sin competencia y violación de una norma superior”, por

desconocimiento del precedente interamericano; y atendiendo a que el Consejo de Estado lo ha hecho en supuestos fácticos concretos con efectos particulares frente a la configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior” para la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, esta investigación resuelve la siguiente pregunta problema:

Pregunta de investigación

¿Cómo configurar las causales consagradas en el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, con fundamento en el precedente interamericano, para la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la decisión de la Procuraduría que destituye a un servidor público elegido por voto popular?

Hipótesis

La hipótesis que es sometida a comprobación en el presente documento afirma que el art. 93.2 de la Constitución Política de 1991 permite la incorporación del precedente interamericano con carácter obligatorio y

vinculante en el ordenamiento jurídico nacional. Así las cosas, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho invocado por servidores públicos elegidos por voto popular, la causal de funcionario sin competencia al ser interpretada a la luz del precedente interamericano se configura cuando es la Procuraduría quien destituye a ese servidor público, teniendo en cuenta que el precedente interamericano en torno al art. 23.2 de la Convención Americana únicamente faculta al juez penal para estos efectos y no a cualquier autoridad administrativa, aun cuando ésta ostente facultades jurisdiccionales o se dote al procedimiento de algunas garantías de un juicio justo. Asimismo, la decisión de la Procuraduría viola una norma superior, esto es, el precedente interamericano que se incorpora a la Constitución Política bajo la figura del bloque de constitucionalidad, del control de convencionalidad y de la doctrina de la interpretación conforme.

Objetivos

Objetivo General

Proponer una nueva lectura de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, con fundamento en la obligatoriedad del precedente interamericano, para la procedencia del medio

de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión de la Procuraduría que destituye a un servidor público elegido por voto popular.

Objetivos específicos

Para arribar al objetivo general, el documento se estructura en tres acápites, cada uno de los cuales, desarrolla un objetivo específico, así:

- Estudiar el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en Colombia del precedente interamericano y del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, invocado por servidores públicos de elección popular, a partir de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”.
- Analizar la sentencia de la Corte Interamericana del 8 de julio del 2020 caso Petro Vs Colombia y sus alcances en el derecho nacional.
- Aportar los argumentos teóricos y jurídicos que permitirían la configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior” para la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con fundamento en la propuesta de obligatoriedad del precedente interamericano, a la luz

del art. 93 de la Constitución Política que incorpora la figura del control de convencionalidad.

Metodología

La presente investigación es el resultado del trabajo de grado en la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Libre, sede Bogotá y se llevó a cabo bajo un desarrollo metodológico que abordó los siguientes componentes: tipo de investigación, método de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de datos y enfoque de la investigación, como se refiere a continuación:

Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo básica jurídica, porque partió de la identificación de un problema de investigación que se ubicó en el campo jurídico, el cual obtuvo su solución mediante la lectura e interpretación de las normas que componen el sistema jurídico nacional e internacional, sobre la destitución de los servidores públicos a cargo de Procuraduría y la configuración de las causales de funcionario sin competencia y violación de

una norma superior, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así, la solución al problema planteado se logró mediante la descripción, la explicación, el análisis, la contrastación y la proposición en torno a normas jurídicas; ya que se describen las posturas legales, jurisprudenciales y doctrinales del precedente interamericano y del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, invocado por servidores públicos de elección popular, a partir de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”.

Método de investigación

Para la ejecución de la investigación, se acudió al método dialéctico, lógico, cualitativo, deductivo. La dialéctica se centra en el diálogo, la discusión y el debate que llevan a la elaboración de una tesis, la proposición de una antítesis y la extracción de una síntesis, desde un estudio que va de lo general a lo particular (deductivo), bajo el análisis, la correlación, la contrastación, el debate, el diálogo y la crítica de fuentes teóricas y científicas que estudian el derecho como fenómeno histórico y social en constante movimiento.

En la tesis se estudia una realidad existente en el ordenamiento jurídico colombiano, en materia del derecho disciplinario, consistente en el desarrollo

normativo, jurisprudencial y doctrinal sobre la configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, con fundamento en el derecho nacional, que impiden la procedencia del medio de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del fallo emanado por la Procuraduría que destituye a servidores públicos elegidos por voto popular, porque tales desarrollos normativos entienden que, este ente, ostenta tal competencia; abordaje que se hará a partir de la observación, el análisis objetivo y el multilateral.

En la antítesis, se niega la afirmación planteada en la tesis, atendiendo a que la realidad no es estática sino dinámica y, en ella, se presentan contradicciones y nuevas tendencias, que permiten un abordaje más amplio y novedoso de dicha realidad; en tal sentido, se analiza el precedente interamericano que sustrae la competencia de la Procuraduría y se la asigna de manera exclusiva a un juez penal, en relación con la limitación del derecho a ser elegido. La inclusión del precedente interamericano en el derecho nacional permitiría hacer procedente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del fallo emanado por la Procuraduría que destituye a servidores públicos elegidos por voto popular.

Finalmente, en la síntesis se supera el conflicto; esto es, la negación planteada por la tesis y se avanza a una etapa afirmativa racional, que conserva los aspectos positivos del análisis decantado en las fases anteriores; así se extrae el contenido y obligatoriedad del precedente Interamericano de

derechos humanos en torno a la interpretación del art. 23.2 de la Convención Americana, frente a la falta de competencia de la Procuraduría para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular en Colombia y su incidencia en las causales que llevan a la anulación del acto administrativo.

Con este método se pretende la obtención de nuevo conocimiento que le permita a los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, hacer una lectura del funcionario sin competencia y violación de una norma superior, como causales de nulidad del acto administrativo, desde y con el precedente interamericano, para establecer que, cada vez que la Procuraduría destituye a servidores públicos elegidos por voto popular, como conclusión de un proceso disciplinario, lo hace sin ostentar la competencia y con ostensible violación de una norma superior, en vista de que el precedente interamericano, en virtud de las figuras de bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad, es obligatorio y superior a las demás normas del ordenamiento jurídico nacional y sólo faculta al juez penal para limitar el derecho a ser elegido.

Así las cosas, la lógica se cumple en el presente trabajo de investigación porque utiliza el pensamiento y el razonamiento para llevar a cabo descripciones, análisis, contrastaciones, reflexiones, síntesis y proposiciones derivadas de las relaciones existentes entre el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente el precedente interamericano en torno a la interpretación del art. 23.2 de la Convención Americana y la nulidad y restablecimiento del derecho, erigido como un medio

de control jurisdiccional de los actos administrativos, cuando el accionante es servidor público elegido por voto popular y ha sido destituido por la Procuraduría.

El enfoque cualitativo, se cumplió por la remisión a principios teóricos como la hermenéutica, que intenta construir sentido, es decir, verdades subjetivas, mediante observaciones o interpretaciones realizadas sobre la norma jurídica, poniendo en relación las partes entre sí y estas con el todo, sean espacios, personas, objetos, conceptos, etc. (Sempere, 2012).

Técnica e instrumentos de recolección de datos

Se acude a la técnica documental, la cual, se desarrolló consultando la literatura contenida en la doctrina nacional e internacional, académica y especializada, sobre los temas que permitieron un abordaje del problema de investigación identificado; esto es; (i) las facultades que el derecho nacional colombiano, le otorga a la Procuraduría para destituir a un servidor público elegido por voto popular, como conclusión de un proceso disciplinario; (ii) la improcedencia de la nulidad y el restablecimiento del derecho, como medio de control jurisdiccional para obtener la nulidad del acto administrativo emanado por la Procuraduría, por las causales de funcionario sin competencia y violación de una norma superior, cuando se trata de la destitución de servidores públicos elegidos por voto popular; (iii) la ausencia de

obligatoriedad y carácter vinculante del precedente interamericano en torno a la interpretación del art. 23.2 de la Convención Americana que únicamente faculta a un juez penal para limitar el derecho a ser elegido en virtud de una destitución.

Bajo una perspectiva expositiva y crítica, dicha información se analizó y contrastó con la literatura académica y especializada, sobre los desarrollos jurisprudenciales interamericanos en relación con los siguientes temas: (i) la interpretación del art. 23.2 de la Convención Americana a cargo de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana que, bajo el sistema de *numerus clausus*, exhortan a que, bajo una interpretación literal de la norma, se entienda que sólo un juez penal es el órgano competente para limitar los derechos políticos; (ii) la obligatoriedad de la Convención Americana y el precedente interamericano y (iii) la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico interno.

Las anteriores disquisiciones son analizadas en el modelo constitucional actual, a partir del cual, se estructuran las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior” en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y para ello se incorpora con carácter obligatorio el art. 23.2 de la Convención Americana.

Acotación material

En el primer capítulo se encuentra el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en Colombia del precedente interamericano y del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, invocado por servidores públicos de elección popular, a partir de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”.

En el segundo capítulo se aborda el análisis de la sentencia de la Corte Interamericana del 8 de julio del 2020 caso Petro Vs Colombia y sus alcances en el derecho nacional.

En el tercer capítulo se plantean los argumentos teóricos y jurídicos que permitirían la configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior” para la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con fundamento en la propuesta de obligatoriedad del precedente interamericano, a la luz del art. 93 de la Constitución Política que incorpora la figura del control de convencionalidad.

Justificación

La investigación es útil y se justifica porque, a pesar de que el Estado Colombiano ya fue condenado por la Corte Interamericana en el caso Gustavo Petro Urrego, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Procuraduría continúan con la postura de que la competencia de la Procuraduría para

destituir a servidores públicos elegidos por voto popular es válida y legítima y, por tanto, constitucional, pese a que es una autoridad administrativa que, en virtud de la Ley 2094 de 2021 cumple funciones jurisdiccionales; además de no reconocer carácter supranacional al precedente interamericano que impone la competencia en un juez penal; el Consejo de Estado reconoce valor jerárquico al precedente interamericano; empero modula los efectos de las providencias a casos concretos y no con efectos *erga omnes*, como sucedió en el caso de Gustavo Petro.

Por si fuera poco, la Ley 2094 de 2021 reviste de facultades jurisdiccionales a la Procuraduría, lo que anularía toda posibilidad de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho bajo las causales “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, dejando latente la impugnación en el escenario de la doble instancia y de la doble conformidad.

Así las cosas, existen unas lagunas teóricas y de aplicación práctica que son suplidas en este documento; las primeras, hacen referencia a la ausencia de estudios académicos que analicen el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, bajo las causales de violación directa a la Constitución y funcionario sin competencia, con fundamento en el precedente interamericano, en contra de la decisión de la Procuraduría de destituir a servidores públicos elegidos por voto popular, ya que estas causales, históricamente en Colombia, han sido interpretadas desde la doctrina y la

jurisprudencia a partir de un ordenamiento jurídico cerrado, que se agota en las normas nacionales; las segundas tienen que ver con el limbo en el cual, se encuentran los jueces de la Jurisdicción Contencioso Administrativa quienes deben conocer de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de decisiones emanadas de la Procuraduría en las que se destituyen a servidores públicos elegidos por voto popular y se encuentran ante la disparidad de precedentes: el constitucional, el administrativo y el interamericano; cada uno con una línea distinta de solución; problemática que se agudiza con la Ley 2094 de 2021, que al otorgarle funciones jurisdiccionales a la Procuraduría haría que un juez de lo contencioso administrativo no le dé cabida al medio de control estudiado.

CAPITULO I. PRECEDENTE INTERAMERICANO Y MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, INVOCADO POR SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR, A PARTIR DE LAS CAUSALES DE “FUNCIONARIO SIN COMPETENCIA” Y “VIOLACIÓN DE UNA NORMA SUPERIOR”.

En este capítulo se aborda el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal que han tenido en Colombia las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del fallo emitido por la

Procuraduría en el que se impone la destitución de servidores públicos elegidos por voto popular y su relación con el precedente interamericano. En la primera parte, se describe el marco normativo, en la segunda, el análisis jurisprudencial y, en la tercera, se estudian las posiciones doctrinales o el estado del arte sobre el tema objeto de estudio.

1.1. Desarrollo normativo.

La norma fundamental colombiana, en sus arts. 277 numeral 6 y 278 numeral 1, inviste de la potestad disciplinaria a la Procuraduría y le otorga la competencia para adelantar el control disciplinario respecto de cualquier servidor público, sin importar “cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan” (C-417, 1993), al cabo del cual, puede decidir “desvincular del cargo previa audiencia y mediante decisión motivada” a los funcionarios que incurran en las faltas descritas en las leyes internas.

El derecho disciplinario se sustenta en los arts. 4, 6, 29, 122, 123, 124 y 209 de la Constitución Política de 1991. La actuación disciplinaria debe sujetarse a las órdenes contenidas en la Carta Política (Forero, 2003, 2006, 2007; 2009; 2011; 2012; 2016), según lo establecido en el arts. 3 y 309 de la Ley 1437 de 2011, ya que si bien, el derecho disciplinario es una disciplina autónoma, en realidad cumple una función material de justicia (Gómez, 2009; Roa, 2010) que se surte en una actuación administrativa y como parte del

derecho sancionatorio (Gómez, 2006; 2013; Forero, 2018), debe respetar las garantías del debido proceso (Forero, 2009; 2010; 2011; 2013).

Sin embargo, el proceso disciplinario es independiente del proceso penal (Forero, 2006; Roa, 2012), porque en aquél no se discute, de manera estricta, la configuración de una conducta punible, sino la afectación al deber funcional –relaciones especiales de sujeción– (Forero, 2006; Roa, 2012; Pinzón, 2018). Sobre el particular, el Consejo de Estado ha establecido que *“[l]os dos sistemas jurídicos obedecen a reglas propias, tienen objetivos diferentes, como diversas formas de imputación y de culpabilidad, a tal punto que es legalmente factible la existencia de faltas disciplinarias no constitutivas de ilícito penal”* (Consejo de Estado, Rad. 5209, 2005).

Los actos administrativos disciplinarios sancionatorios tienen control de legalidad en la Jurisdicción Contencioso Administrativo con fundamento en los arts. 116, 236, 237 y 238 de la Constitución Política de 1991 (Gómez, 2009; Ostau, 2011; Roa, 2010; 2012). El art. 138 de La Ley 1437 de 2011 prevé el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica acuda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a fin de que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto y se le restablezca el derecho. Dentro de los aspectos sometidos a control jurisdiccional está aquél que indaga acerca de si el acto administrativo fue o no emitido por funcionario competente (Domingo, 2010; Roa, 2012).

En este escenario, la normatividad nacional avala la competencia de la Procuraduría para destituir a funcionarios elegidos por voto popular, comoquiera que el poder o a facultad en Colombia para sancionar, le fue atribuida a los órganos de control, con fundamento en las relaciones especiales, subjetivas y materiales de sujeción entre los servidores públicos y el Estado (Forero, 2006; Gómez, 2009; Roa, 2012).

Para fortalecer dicha competencia, la Ley 2094 de 2021 le atribuyó facultades jurisdiccionales a la Procuraduría en la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, incluidos aquellos elegidos por voto popular, en virtud de lo cual, puede imponer la destitución como sanción. Asimismo, esta normatividad supedita *la ejecución de la sanción* a lo que decida la jurisdicción contencioso administrativa cuando se demande el acto administrativo emitido por la Procuraduría; de lo cual se puede inferir que, no procede el medio de control estudiado, si se alega que el funcionario que la emitió no tiene la competencia a la luz del precedente interamericano o que, al desconocerse éste, el fallo se ha fundado en la violación de una norma superior, pues se convalida la competencia de la Procuraduría, como entidad con funciones jurisdiccionales, para adelantar el procedimiento disciplinario y en tal escenario proceder a la destitución del servidor público elegido por voto popular.

Al revisar el escenario interamericano se observa que, el art. 23.2 de la Convención Americana establece que la restricción o limitación del derecho a ser elegido, únicamente puede darse en virtud de “(...) *condena, por juez competente, en proceso penal*” (Organización de Estados Americanos, 1969).

La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, al interpretar el alcance del art. 23 señalado, han establecido que la garantía efectiva del derecho a elegir y ser elegido, lleva implícita la prohibición para el Estado de proceder a la destitución de funcionarios elegidos por voto popular, por parte de órganos administrativos y no judiciales de carácter penal (Corte Interamericana, Caso Castañeda Gutman Vs. México, 2008; Caso Leopoldo López Mendoza Vs. Venezuela, 2011; Caso Petro Urrego Vs. Colombia, 2019).

En tal sentido, estos órganos han manifestado que, si bien la Convención Americana no impone a los Estados un sistema electoral concreto y específico, sí limita la potestad de interferir o restringir los derechos políticos, por las causales previstas taxativamente en el art. 23, numeral 2 *ibidem*, entre ellas, la que exige la intervención de un juez penal, mediante un proceso con el respeto estricto de todas las garantías previstas en el art. 8 de la misma Convención, siempre que se quiera destituir a un servidor público elegido por voto popular, ya que otro tipo de procedimientos, aun cuando sean judiciales no son estrictos en el cumplimiento de tales garantías.

Para el caso concreto de la destitución de un servidor que ha sido nombrado en virtud del sufragio popular, en el precedente interamericano se requiere que la misma proceda como conclusión de un fallo condenatorio vertido en un proceso penal, que haya respetado las garantías de un juicio justo, a la luz del art. 8 de la misma normatividad, pues sólo el proceso penal exige estas garantías con carácter estricto.

De lo dicho se desprende que, en la normatividad colombiana, en virtud de los mandatos de la Constitución Política, de la Ley 734 de 2002 y de Ley 2094 de 2021, la Procuraduría sí es el órgano competente para destituir a un servidor público elegido por voto popular, situación que generaría la imposibilidad de acceder al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en la Ley 1437 de 2011, mediante la causal de “funcionario sin competencia” ya que, a pesar de que el precedente interamericano, entiende que tal competencia recae exclusivamente en un juez penal, a dicho precedente se le ha restado eficacia en la jurisprudencia interna, como se pasa a ver a continuación.

1.2. Desarrollo jurisprudencial.

En las providencias C-551 del 2003 y C-541 del 2010, la Corte Constitucional sostuvo la obligatoriedad estricta del art. 23.2 de la Convención Americana, en el sentido de afirmar que la inhabilidad contemplada en el art.

122 de la Constitución Política de 1991, solo podía imponerse mediante una condena emitida en un proceso penal, dado que, conforme a la norma interamericana, dicha posibilidad era legítima y excluía la facultad de imponerla a cargo de un órgano administrativo.

Sin embargo, en adelante, la Corte Constitucional ha considerado que el art. 23 de la Convención Americana no se opone a que el legislador interno establezca sanciones disciplinarias, que impliquen la suspensión del derecho de acceder a cargos públicos, su destitución o inhabilidad, cuando se trate de conductas constitutivas de corrupción (Corte Constitucional, C-028, 2006; C-651, 2006; C-500, 2014; SU-355, 2015; C-101, 2018; C-086, 2019; C-111, 2019).

En otras palabras, para el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional, lo que hace el art. 23 de la Convención es fijar una serie de pautas, bajo las cuales, el legislador puede regular los derechos allí señalados, pero no establece una relación cerrada (*numerus clausus*) en cuanto a las eventuales restricciones que constitucionalmente pueden ser impuestas a su ejercicio (Corte Constitucional, SU-712, 2013). De esta manera, los Estados poseen un margen de apreciación para determinar en qué otros eventos, los derechos políticos pueden ser interferidos legítimamente.

El fundamento en el cual se apoya el alto Tribunal Constitucional plantea que, si bien, la Convención Americana hace parte del bloque de constitucionalidad, al confrontarse con una ley, cuya constitucionalidad está siendo estudiada, no puede dar lugar a una declaratoria automática de inconstitucionalidad, porque el instrumento regional no cuenta con una naturaleza supraconstitucional, que tenga la virtualidad de imponerse en el ordenamiento jurídico local.

Este argumento fue cardinal en las sentencias SU-712 de 2013, C-500 de 2014 y SU-355 de 2015, en las cuales, la Corte Constitucional dejó entrever que la potestad disciplinaria de la Procuraduría que concluya con decisiones de destitución, no queda supeditada o sujeta a actos de corrupción de los servidores públicos nombrados por el pueblo en virtud del voto. Dicho de otra manera, el fundamento de estas últimas providencias no se afinca en la naturaleza o gravedad de la conducta, sino en la ausencia de jerarquía absoluta de la Convención Americana que se sobreponga a la supremacía constitucional.

Para la Corte Constitucional, la suscripción de la Convención Americana por parte del Estado colombiano, lo que sí exige es una interpretación armónica con las normas de la Carta Política. A la luz de tal integración, es claro para este órgano judicial que, lo relevante es que la destitución sea una sanción impuesta como conclusión de un proceso respetuoso de las garantías

de un juicio justo o del debido proceso previstas en el art. 8 del instrumento regional.

En atención a lo anterior, la sentencia C- 111 de 2019, si bien hace referencia a las Convenciones Internacionales sobre corrupción, como parte del bloque de constitucional, no es expresa en afirmar que la competencia disciplinar del Ministerio Público se limite a hechos constitutivos de corrupción, dejando abierta la puerta para considerar que la mentada competencia se genera con independencia de la naturaleza y gravedad de la conducta.

Para alimentar la discusión, es necesario traer a colación el salvamento de voto de la sentencia SU-712 de 2013, del Magistrado Ernesto Vargas Silva, quien consideró que las sanciones que se imponen a los servidores públicos de elección popular deberían tener un procedimiento especial, atendiendo a la relevancia constitucional e histórica del derecho a elegir y ser elegido. Luego de examinar el caso interamericano Leopoldo López Vs. Venezuela, el voto disidente concluyó que, el mismo, es vinculante para todos los agentes del orden interno:

En ese sentido, debe recordarse que Colombia es miembro de la Organización de Estados Americanos, parte en la CADH, y acepta la competencia contenciosa de la CoIDH. Esta Convención es además el instrumento de DDHH más importante del ámbito regional, y la CoIDH su intérprete autorizada, de manera que sus pronunciamientos constituyen pauta

insustituible para que el país cumpla sus compromisos de respeto, protección y garantía de los DDHH.

Finalmente, las cláusulas de la CADH hacen parte del orden interno, con jerarquía constitucional, en virtud de las normas de remisión del art. 93 Superior. Y la sentencia López Mendoza contra Venezuela aclara que el art. 23 de la Convención exige reserva judicial y penal para imponer sanciones disciplinarias a funcionarios de elección popular. Brevemente: la sentencia López Mendoza no es un pronunciamiento internacional con valor puramente doctrinario para la Corte Constitucional. Es un precedente vinculante y una pauta imprescindible para interpretar adecuadamente una norma del bloque de constitucionalidad. (SV, SU-712, 2013)

Conforme a lo anterior, de acuerdo a la postura mayoritaria de la Corte Constitucional, el estudio de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, en el trasegar de la nulidad y restablecimiento del derecho como medio de control de los actos administrativos, debe hacerlo el juez de lo Contencioso Administrativo conforme a las normas internas; lo anterior en razón a que, como se ha dejado establecido, para esta alta Corporación, la Procuraduría sí ostenta la potestad para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular en virtud de un proceso disciplinario y teniendo en cuenta que, ni la Convención Americana, ni la jurisprudencia interamericana tiene el carácter de norma supranacional que se impongan por encima de lo estatuido en las previsiones jurídicas nacionales.

En la misma línea del precedente constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado en un principio sostuvo que, el Ministerio Público sí ostentaba la potestad disciplinaria para imponer sanciones a funcionarios públicos, aun cuando su proceso de elección se haya dado con ocasión del ejercicio del sufragio (Consejo de Estado, rad. 06871, 2014; rad. 1210, 2016).

Sin embargo, en estas providencias se plantearon disidencias entorno al contenido y alcance del derecho a elegir y ser elegido, fijado por el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En efecto, la aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque, en el caso de Piedad Córdoba, concluyó que, en virtud del art. 23.2 de la Convención Americana, una autoridad administrativa no tenía la competencia para privar a los servidores públicos de elección popular, del derecho a ser elegidos. Por su importancia, se transcribe *in extenso* los apartes relevantes del salvamento de voto:

4. El Consejo de Estado como juez de convencionalidad es competente para inaplicar las normas nacionales contrarias a los tratados internacionales de los que es parte Colombia, conforme al artículo 9 de la Constitución que impone al Estado el deber de actuar según los principios de derecho internacional y al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga a los organismos estatales a tomar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos y libertades previstos por la misma convención.

5. *La Convención de la Organización de Estados Americanos contra la Corrupción del 26 de marzo de 1996, aprobada mediante la Ley 412 de 1997, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003, aprobada mediante la Ley 970 de 2005, disponen que el Estado colombiano debe tomar las medidas necesarias contra los servidores públicos que incurren en actos de corrupción, esto es, la imposición de sanciones penales y disciplinarias.*

6. *Una lectura textual e insular del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos supondría que, por ejemplo, en desconocimiento de las Convenciones de la Organización de Estados Americanos y de la Organización de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la corrupción, el Estado colombiano no podría imponer sanciones disciplinarias a servidores públicos de elección popular que incurren en actos de corrupción y delitos contra el patrimonio del Estado.*

La aplicación del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe armonizarse con los otros tratados internacionales que obligan al Estado colombiano, de manera que este conserve la competencia para restringir los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, mediante procesos judiciales distintos al penal, como, por ejemplo, la pérdida de investidura, también para sancionar disciplinariamente a los funcionarios responsables de actos de corrupción, criterio que coincide con el voto razonado del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Diego García-Sayán a la sentencia del 1 de septiembre de 2011.

7. *Al descender al caso, se advierte que, fuera de toda discusión, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución y los artículos 44.1 de la Ley 734 de 2002*

y 7.21 del Decreto Ley 262 de 2000 autorizan al Procurador General de la Nación para sancionar con destitución e inhabilidad a la exsenadora Piedad Córdoba. Sin embargo, estas normas de derecho interno son contrarias a lo dispuesto por el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la sanción fue impuesta por una autoridad disciplinaria y por razones diferentes a actos de corrupción. Ahora bien, como se dijo, el artículo 9 de la Constitución y los artículos 26 y 27 de la Ley 32 de 1985 obligan al Estado colombiano a cumplir con el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, las mencionadas Leyes 412 de 1997 y 970 de 2005 prevén la necesidad de imponer sanciones disciplinarias a los servidores públicos responsables de actos de corrupción, en cumplimiento de las convenciones internacionales sobre la materia de las que es parte el Estado colombiano. Como el acto de destitución e inhabilitación contra la exsenadora Piedad Córdoba no tuvo fundamento en conductas de corrupción, se imponía inaplicar el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución y los artículos 44.1 de la Ley 734 de 2002 y 7.21 del Decreto Ley 262 de 2000, que facultan al Procurador General de la Nación para restringir el derecho a ser elegida de la demandante, pues son contrarios al artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 8. En consecuencia, el Consejo de Estado, como juez de convencionalidad, debió inaplicar por inconvencionales las mencionadas normas nacionales y anular el acto sancionatorio del 27 de septiembre de 2010 y su confirmatorio del 27 de octubre de 2010, que destituyeron e inhabilitaron a la demandante.

9. Con todo, el estudio de la correspondencia entre las normas de derecho internacional y las disposiciones de derecho interno se debe realizar en cada

caso, de manera que la contradicción que aquí se advierte se predica exclusivamente del asunto en estudio y no entraña una regla general aplicable a otras controversias.

Como el primer cargo de la demanda estaba llamado a prosperar por las razones expuestas, la Sala no debió pronunciarse sobre los demás cargos. (SV Consejo de Estado, rad. 1210, 2016)

Como puede advertirse, este salvamento de voto es relevante frente al problema de investigación, porque pone en evidencia que la competencia de la Procuraduría está supeditada a la demostración, en cada caso, de que la conducta del servidor público materia de investigación disciplinaria, encaje en actos de corrupción; empero, también deja entrever que no existe un desarrollo jurisprudencial respecto de lo que debe entenderse por tal, con lo cual se ve afectado el principio de legalidad procesal, que exige la acreditación del funcionario competente como componente del debido proceso.

Esta situación genera inseguridad jurídica ya que, en atención al precedente sentado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, únicamente los actos de corrupción cometidos por servidores públicos, aun cuando sean de elección popular, son pasibles de ser sometidos a la vigilancia de la Procuraduría y si no existe claridad sobre qué debe entenderse por acto de corrupción y qué plataformas fácticas no encuadran en esta categoría, no se estaría aplicando la interpretación integral que las Altas Cortes utilizaron como argumento para aducir la conformidad entre la potestad disciplinaria del

Ministerio Público con el art. 23.2 de la Convención Americana y los instrumentos universales y regionales de lucha contra la corrupción.

Tal problemática, además, genera desigualdad en la aplicación de la ley; basta con ver que, por ejemplo, en el caso de Piedad Córdoba, el Consejo de Estado concluyó que la Procuraduría sí era competente para imponer la destitución, pese a que las conductas por las cuales fue investigada disciplinariamente, no encajaban en actos de corrupción -aspecto que llevó al estudio de los demás cargos de la demanda para efectos de advertir si tenían cabida o no, las causales de nulidad diferentes a la incompetencia del funcionario y violación de una norma superior; posición contraria, asumió el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el caso de Gustavo Petro Urrego, en el que, de entrada, conceptuó sobre la procedencia de la anulación del fallo disciplinario, por la violación del art. 23.2 de la Convención Americana y la falta de competencia de la Procuraduría para destituir a servidores públicos nombrados por el pueblo.

En igual sentido, si las Convenciones Internacionales de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano le exigen al Estado que castigue los actos de corrupción y en el ámbito nacional se dilucida que la conducta de un servidor público elegido por voto público no tiene naturaleza corrupta, no habría ningún argumento válido para ampliar la interpretación restrictiva del art. 23.2 de la Convención Americana; de ahí que, en estos eventos, el único

funcionario competente para imponer la destitución sería, ineludiblemente un juez penal, con el respeto de todas las garantías de un proceso penal.

Ahora bien, si el alegato es que, conforme a tales instrumentos, el Estado debe castigar los actos de corrupción, la existencia del proceso penal en el ordenamiento jurídico doméstico soluciona tales preocupaciones legítimas del Estado, en torno a la garantía e incolumidad del erario público, como lo conceptuó la Corte Constitucional en las providencias C.551 de 2003 y C-541 del 2010.

Esto es de particular relevancia, en el seno de la nulidad y restablecimiento del derecho invocado por un servidor público de elección popular, en contra del fallo de la Procuraduría que decide la destitución, ya que si se aplica el precedente interamericano en torno al art. 23.2 de la Convención Americana, tendría lugar la configuración de las causales “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, en hechos no constitutivos de corrupción, siendo suficientes para proceder a la anulación del acto administrativo, sin que sea necesario pronunciarse sobre los demás cargos que se lleguen a plantear en la demanda.

Esa posición de la Sala Plena del Consejo de Estado que, como se advierte es problemática, en torno a la seguridad jurídica y a la aplicación igualitaria de la ley, fue modificada por la sentencia del 15 de noviembre de 2017, en la cual, notablemente, se varió la línea jurisprudencial, que el máximo

tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa venía sosteniendo en relación con la competencia de la Procuraduría para imponer las sanciones de destitución e inhabilidad a servidores públicos elegidos popularmente.

En aquella oportunidad, la Sala Plena declaró la nulidad de los actos administrativos demandados por el ciudadano Gustavo Petro Urrego, mediante los cuales la Procuraduría lo había destituido e inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos por un período de 15 años.

La causal de nulidad demostrada, fue la falta de competencia del Ministerio Público para limitar los derechos políticos del demandante. Para arribar a esta conclusión, el Consejo de Estado realizó el control de convencionalidad *inter partes* del art. 44.1 de la Ley 734 de 2002, en relación con el art. 23.2 de la Convención Americana, que prohíbe la destitución de un servidor público elegido por voto popular a cargo de una entidad administrativa y no judicial. En este estadio estableció que la Procuraduría únicamente tendría la potestad para disciplinar servidores públicos y en virtud de ellos proceder a su destitución, cuando las conductas sometidas a vigilancia, enmarquen en actos de corrupción.

Adicional a lo anterior, la providencia del 2017, en el caso Gustavo Petro Urrego es relevante porque analiza el trasfondo político de las obligaciones impuestas al Estado Colombiano, con la suscripción de la Convención Americana, particularmente la contenida en el art. 23.2 de dicho instrumento,

en atención al deber que conserva el Estado de salvaguardar la decisión pública vertida en el ejercicio del derecho al sufragio.

*[...] el artículo 23.2 convencional supone la preservación del principio democrático y la preponderancia del derecho a elegir que tienen los ciudadanos de Bogotá en observancia del principio de soberanía popular, de tal manera que mantener vigente una sanción que restringe los derechos políticos del elegido no solamente implicaría cercenar derechos del sancionado, sino también hacer nugatorios los derechos políticos de sus electores que, como constituyente primario, han acordado definir los medios y las formas para autodeterminarse, elegir a sus autoridades y establecer los designios y las maneras en los que habrán de ser gobernados. El artículo 23.2 de la CADH debe ser estudiado de cara a las circunstancias históricas y políticas que rodearon su expedición, como también respecto de los preceptos superiores contenidos en la Constitución de 1991. Bajo el contexto histórico, fue el querer de los Estados Miembros de la OEA que el principio democrático y de tridivisión de poderes fuera el eje rector que guiara el actuar de los integrantes de la Unión, que en su mayoría atravesaban o habían atravesado por periodos aciagos de totalitarismos marcados por formas de gobierno dictatoriales que tenían la capacidad de borrar de un plumazo las aspiraciones democráticas de nacientes sectores de oposición o de líderes que, a través de procesos democráticos, habían alcanzado cargos de elección popular. **Es de la esencia y espíritu del artículo 23 convencional que las autoridades administrativas no ostentaran tal poder como para contrariar la voluntad***

popular y mancillar los derechos políticos de sus contradictores y opositores, dejando la posibilidad de la decisión, tendiente a limitar este tipo de derechos, en cabeza del poder judicial y particularmente de jueces, con autonomía y capacidad de dictar el derecho de manera imparcial, como lo eran los jueces penales de las golpeadas repúblicas.

(...) De esta forma, la Carta Fundamental no solamente permite que las mayores garantías previstas en tratados internacionales que consagren derechos humanos rijan en el orden interno, por virtud del bloque de constitucionalidad, sino también que garantiza la autonomía e independencia del poder judicial, facilitando de esta manera que la protección y defensa de los derechos de índole político, y particularmente los de elegir y ser elegidos, se puedan radicar en cabeza de los jueces de la República (...). (Consejo de Estado, Rad. 1131, 2017)

Nótese cómo el Consejo de Estado agrega al debate académico un argumento indudablemente relevante, consistente en los deberes del Estado frente al derecho a elegir cuya titularidad reposa en el pueblo. Si, desde la perspectiva histórica, el derecho al voto cobra senda preeminencia en materia de soberanía popular y tridivisión de poderes, como cimientos del principio democrático y esa es la esencia del art. 23.2 de la Convención Americana, no se entiende las razones por las cuales, las causales en él establecidas deben ampliarse a actos constitutivos de corrupción para habilitar la facultad de destitución en cabeza de la Procuraduría, cuando en estos eventos, el trasfondo sigue siendo el mismo: se trata de un nombramiento hecho por el

pueblo y sólo el pueblo o un juez de la república puede imponer la destitución, justamente, para evitar persecuciones políticas por parte de un órgano administrativo, arropadas con el manto de una legalidad nacional.

Aun cuando la decisión del 2017, del Consejo de Estado, constituye un verdadero pronunciamiento hito, plantea varias problemáticas de orden teórico y de práctica judicial. En primer lugar, la providencia que declara la incompetencia de la Procuraduría para destituir, mediante un proceso disciplinario, a funcionarios elegidos por voto popular, acude a la técnica del control de convencionalidad, bajo la cual le otorga carácter obligatorio a las sentencias de la Corte Interamericana que han interpretado el alcance del art. 23.2 del instrumento regional, para dejar de aplicar una ley interna, por ser contraria a los lineamientos dados por el Tribunal Regional.

La utilidad del mecanismo, le permitió al Consejo de Estado determinar la incompetencia de la autoridad encargada de adoptar el acto administrativo de destitución, como una de las causales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se traten de actos diversos a aquellos constitutivos de corrupción.

Esto permitiría, en principio, que los jueces nacionales en cumplimiento del precedente sentado por el Alto Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en el 2017, tuvieran la facultad de declarar la incompetencia del Ministerio Público que, como conclusión de un proceso disciplinario

adelantado en contra de un servidor público elegido por voto popular, por acto administrativo haya resuelto la destitución, se reitera, en actos distintos a los de corrupción.

En este aspecto, refulge como evidente la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Muchos operadores judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no van a considerar acreditado el presupuesto de la incompetencia del órgano decisor de la sanción disciplinaria que limita los derechos políticos del servidor público demandante y del pueblo que lo eligió, con apego a la estricta legalidad del Código Único Disciplinario, a la Ley 2094 de 2021 y a la interpretación que, del mismo, ha hecho el Alto Tribunal Constitucional, en análisis de constitucionalidad y de revisiones de tutela.

En consecuencia, habrá trámites judiciales que anulen el acto administrativo de destitución y restablezcan el derecho del servidor público elegido por voto popular, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado del 2017 y otros que no, en cumplimiento del precedente mayoritario y de aquel adoptado por la Corte Constitucional, que fue lo que, justamente, aconteció en el caso de Piedad Córdoba, en el cual, pese a no ser un acto de corrupción se concluyó que la Procuraduría sí ostentaba la competencia analizada.

En según lugar, la sentencia hito del 2017 del Consejo de Estado, produce efectos *inter partes*. Así lo aclaró el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en decisión del 13 de febrero del 2018, en el cual, además, agregó que tal providencia ni modificaba, ni suprimía, ni alteraba el poder disciplinario del Ministerio Público (Auto que resuelve solicitud de aclaración de sentencia del 15 de noviembre de 2017, 2018).

Esta posición fue reiterada en la providencia del 23 de julio de 2020, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho invocado por Samuel Moreno Rojas, con la cual, el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa rechazó la demanda presentada en contra del fallo de la Procuraduría que lo destituyó e inhabilitó por dieciocho años, siendo incisiva en considerar que la Procuraduría sí ostentaba la competencia para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular, de manera que el fallo del 2017, ni suprimía, ni modificaba, ni anulaba dicha competencia.

Sobre el particular es importante mencionar que, si bien los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho tienen efectos *inter partes*, la técnica utilizada por el Consejo de Estado, que es la del control de convencionalidad, le permitiría a cualquier juez de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aplicar de manera preferente el art. 23.2 de la Convención Americana y la interpretación autorizada que, del mismo, ha hecho la Corte Interamericana. Esta puede ser una salida hermenéutica plausible, si se tiene en cuenta, que

ha sido el propio Consejo de Estado el que ha alentado a los jueces nacionales a acudir a la técnica del control de convencionalidad.

En efecto, los jueces nacionales están en la obligación de "*velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin*", sin embargo, en ejercicio de ese control, los jueces no están facultados para declarar la invalidez de las normas, expulsándolas del ordenamiento jurídico interno. (Auto que resuelve solicitud de aclaración de sentencia del 15 de noviembre de 2017, 2018)

Además, en el Auto del 2018 proferido por el Consejo de Estado, se exhorta al Gobierno Nacional, a la Procuraduría y al Congreso, para que evalúen y adopten las medidas necesarias que permitan armonizar el Derecho Interno con el Derecho Convencional, en aras de lograr una unidad normativa, en relación con la interpretación del art. 23.2 de la Convención Americana.

De lo dicho se evidencia que, si bien el Consejo de Estado reconoce el efecto *inter partes* de la decisión del 2017 (que declaró la incompetencia, para ese caso, de la Procuraduría para imponer sanciones disciplinarias a un funcionario público elegido por voto popular –Gustavo Petro Urrego quien, para ese entonces, fungía como Alcalde de Bogotá DC.–) al invitar a los jueces nacionales a acudir a la figura del control de convencionalidad, los alienta a declarar la incompetencia del Ministerio Público como causal de procedencia de la nulidad y restablecimiento del derecho, frente a actos administrativos que

imponen la destitución a servidores públicos elegidos por voto popular, incluso en actos constitutivos de corrupción.

Esta afirmación se respalda, con el análisis precedente sobre la esencia del art. 23.2 de la Convención Americana cuya pretensión se afinsa en la protección del derecho que tiene el pueblo de nombrar a los representantes del interés público y no en la gravedad de la conducta materia de vigilancia e investigación. Lo anterior se refuerza con el hecho de que, los tratados internacionales que engendran una lucha contra la corrupción no hacen parte del bloque de constitucionalidad, porque no abordan temáticas sobre derechos humanos y, por lo tanto, no pueden servir como parámetros para controlar la constitucionalidad de las leyes, tal como lo conceptuó el Magistrado Alejandro Linares Cantillo en el salvamento de voto de la sentencia C-111 de 2019.

Esta solución alimenta la controversia de aplicación desigual de la ley, frente a los jueces que, con apego a la jurisprudencia constitucional, decidan que el órgano administrativo sí posee la potestad disciplinaria de destituir a servidores públicos de elección popular únicamente en actos constitutivos de corrupción, frente a otros que, con apego al mismo precedente constitucional entiendan extensiva la facultad del Procuraduría de imponer la destitución en cualquier acto materia de investigación disciplinaria, en la que tal sanción sea procedente conforme al derecho interno, aun cuando no se evidencie una naturaleza corruptible, desconociendo que el trasfondo del art. 23.2 de la

Convención Americana es la protección de la democracia y la salvaguarda de los derechos del elector.

En último lugar, se nota que los precedentes, tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional, a efectos de determinar la competencia de la Procuraduría, como ente administrativo –no penal–, para estos casos, se ha centrado en establecer los alcances del art. 23.2 de la Convención Americana y en el nivel de obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana y los informes de la Comisión Interamericana, para concluir si pueden, o no, derruir la aplicación de una norma de Derecho Interno.

En este contexto, para la Corte Constitucional el precedente interamericano no tiene la fuerza de alimentar la configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior” en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, erigido en contra del acto administrativo emitido por el Ministerio Público que decide la destitución de un servidor público elegido por voto popular; en cambio, el Consejo de Estado le ha otorgado fuerza obligatoria y vinculante al precedente interamericano, en el sentido de afirmar que las interpretaciones de la Corte Interamericana sobre el art. 23.2 de la Convención Americana, si tienen la aptitud de permear en el derecho interno y habilitar al Juez Contencioso Administrativo para hacer un control de convencionalidad ex officio y, en tal sentido, dar por establecido que si quien toma la decisión de destituir a un

servidor público elegido por voto popular, es la Procuraduría en actos constitutivos de corrupción, se entiende que, a la luz de dicho precedente interamericano, el funcionario que adoptó tal determinación no tiene la competencia, porque sólo un juez penal, podía tomar una decisión de tal resorte. Sin embargo, el Consejo de Estado, en este escenario, ha dicho que tal interpretación, sólo resulta procedente *inter partes*, esto es, en el caso que tuvo que resolver sobre la demanda interpuesta por Gustavo Petro Urrego.

Ante las divergencias que plantean las posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el tema que se estudia, es necesario entrar al estudio de los desarrollos doctrinales sobre la materia.

1.3. Desarrollo doctrinal

El estado del arte sobre el problema de investigación está confeccionado a partir de investigaciones académicas y especializadas que giran en torno a las posibilidades convencionales de interferir legítimamente los derechos políticos de quien es elegido popularmente y si, las mismas, obligan, de modo estricto, a las autoridades judiciales y administrativas domésticas colombianas, a fin de establecer si, a partir de ellas y su naturaleza obligatoria se puede dar una nueva lectura a las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior” en la nulidad y restablecimiento del derecho, como medio de control que permita la anulación

del acto administrativo emitido por la Procuraduría que destituye a servidores públicos elegidos por el pueblo en virtud del sufragio.

Así pues, Juan Fernando Reyes Kuri en el documento titulado “*La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia*”, cuestiona la facultad a cargo de un órgano administrativo, no penal, como es el Ministerio Público, para restringir el derecho a ser elegido, por razones distintas de las contenidas en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, particularmente la Convención Americana que, en su art. 23.2 prohíbe la limitación del derecho estudiado, por un procedimiento distinto al penal.

El autor concluye que las disposiciones de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) resultan violatorias de la Constitución Política, pese a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, porque desconocen la prevalencia de los tratados internacionales sobre DDHH, según las voces del art. 93 del Texto Superior (Reyes, 2009).

A su vez, Jorge Ernesto Roa Roa, en el escrito titulado “*La aplicación nacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Políticos*” esboza una propuesta de modificación institucional que propende por aumentar las vías de diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana, en el contexto de los conflictos que se suscitan en materia de

derechos políticos, entre la Constitución Política de Colombia y la Convención Americana.

En este contexto, establece que los tribunales nacionales de cierre, deben consultar a la Corte Interamericana, la adecuación o los niveles de aplicación de una norma interna que, en la solución de casos concretos, pueda ser contraria al fin y efecto útil del instrumento regional; aclarando que la opinión consultiva que resulte de este proceso, es obligatoria en virtud del instituto del control de convencionalidad.

Dentro de su metodología de abordaje, el autor critica cómo la Corte Interamericana, en las distintas providencias que han analizado los derechos políticos, aclara que no impone un modelo democrático particular a los Estados. La diatriba hacia las producciones jurisprudenciales del Tribunal Regional, gravita entorno a la omisión de éste de centrar el estudio de casos en *“el reconocimiento de la existencia de un proyecto de vida relacionado con el ejercicio activo de la política y de los cargos públicos”*, que tiene estrecha relación con el derecho a ser elegido (Roa, 2015).

Por esta razón y comoquiera que, para el autor, existen más dudas que certezas, en lo que respecta al contenido esencial del derecho a elegir y ser elegido –teniendo en cuenta los vacíos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la hora de delimitar sus alcances–, propone la legitimación por activa para que los tribunales nacionales puedan generar un diálogo

judicial, en relación con las posibilidades de aplicación o inaplicación de una norma del derecho interno, en este caso, la que habilita a la Procuraduría para destituir a funcionarios elegidos en virtud del sufragio (Roa, 2015).

En esta misma línea, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, considera que, mediante las opiniones consultivas, la Corte desentraña el sentido, propósito y razón de las normas internacionales de DDHH, lo que les permitirá a los Estados revisar y adecuar sus ordenamientos, a fin de evitar litigios internacionales a futuro (Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional. Facultad de Derecho, Universidad Libre de Colombia, s.f.).

Asimismo, Cristina Adén analiza el art. 23 de Convención Americana en la obra *“La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino”*, en lo que respecta a las garantías de la participación política y sus posibilidades de limitación, en torno a si las mismas son taxativas y restrictivas para los Estados firmantes de la Convención o brindan un margen de apreciación, bajo el cual, los Estados puedan consagrar otros eventos que conduzcan a la interferencia del derecho a elegir y ser elegido, según sus necesidades domésticas.

En relación con las previsiones normativas contenidas en el numeral 2 del art. 23 de la norma referenciada, la autora enuncia que la misma constituye un catálogo *numerus clausus* y no *numerus apertus*, que debe ser interpretado

de manera restrictiva, bajo los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, de cara a otros fines de interés general y orden democrático, pues los tribunales nacionales deben mejorar la fórmula de los derechos, no empeorarla (Adén, 2012). Esto significa que, el margen de libertad o apreciación de los Estados consiste en la facultad de consagrar todos o algunos eventos de interferencia de los derechos políticos consagrados en el art. 23.2 de la Convención Americana; empero, tal prerrogativa no debe conllevar a establecer otras posibilidades de restricción por fuera de las enlistadas en la norma señalada.

En igual sentido, Claudio Nash & Claudia Sarmiento, en el escrito *“Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, en una fuerte crítica a las decisiones del Tribunal Regional, comentan que las mismas no son claras en cuanto a indicar si las restricciones a los derechos políticos, deben ceñirse de manera exclusiva a las previsiones del art. 23.2 de la Convención Americana, pues la Corte Interamericana ha sostenido que su jurisprudencia no impone un sistema electoral determinado, sino lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de derechos políticos y permiten a los Estados que los reglamenten en el marco de la ley.

Los autores ponen de manifiesto cómo la Corte Regional en el caso *Castañeda Gutman Vs México* entendió que las disposiciones del art. 23.2 del instrumento convencional *“que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 (...) tiene como propósito único*

evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos” (Nash, 2009). Significa lo anterior que, las condiciones habilitantes para el ejercicio de derechos políticos, son límites que legítimamente pueden establecer los Estados, salvo que los mismos, sean desproporcionados e irracionales.

Sin embargo, ninguno de los autores descritos, aborda la exigencia del juez penal, como único ente con la competencia para limitar los derechos políticos, de quien ha sido elegido por voto popular. Por ello, se pasa a describir las posturas de los autores que sí abordan tal temática.

Allan Brewer en el artículo nominado *“El ilegítimo control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”*, afirma que *“la restricción al ejercicio de un derecho político como el derecho al sufragio pasivo sólo puede limitarse por condena penal mediante decisión judicial”*, sin que tal acepción pueda admitir interpretaciones diversas a las que invita el sentido literal de la misma. De ahí que, cualquier procedimiento ajeno a un juicio penal o una autoridad distinta del poder judicial, de la jurisdicción punitiva, no tiene la competencia para restringir los derechos políticos de quien ha sido elegido en virtud del voto popular (Brewer, 2012).

En la misma línea argumentativa, William Hurtado en su análisis titulado *“Estándares Interamericanos para la restricción de derechos políticos desde el*

Derecho sancionatorio: Impeachment, control fiscal y disciplinario”, concluye que “*el Derecho Penal se concibe como la senda idónea para garantizar la convencionalidad de la medida restrictiva*” (Hurtado, 2018); de ahí que otras figuras del Derecho sancionatorio que no discurran mediante un juicio penal con efectos de cosa juzgada y sin la observancia estricta de las garantías de un juicio justo, incumplen los estándares fijados por el Sistema Interamericano.

En cambio, Jorge Amaya en su artículo titulado *Tensiones entre decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos*, discute si la cláusula del art. 23.2 de la Convención Americana que establece la exigencia de una “*condena por juez competente en proceso penal*”, como criterio exclusivo para limitar los derechos políticos, es una cláusula cerrada o si permite otras opciones de interpretación y aplicación.

Frente al tema, el autor sostiene una posición intermedia a la planteada por Brewer y Hurtado, al entender que el término “condena por juez competente en proceso penal” es abierto y puede abarcar diferentes procedimientos o juicios previstos por los Estados, siempre que los mismos respeten las garantías de un juicio justo o del debido proceso; entendimiento que da respuesta a las necesidades institucionales y combate los flagelos de la corrupción.

En este orden de ideas, para el citado autor, la restricción al derecho a ser elegido debe darse en un escenario jurisdiccional, no necesariamente penal, que concluya con una sentencia condenatoria en firme, con las características de cosa juzgada, esto es, que goce de inmutabilidad e inimpugnabilidad, sea apta para desvirtuar la inocencia y acredite probatoriamente la culpabilidad (Amaya, 2016).

Por su parte, y en una perspectiva distinta a la planteada por los anteriores autores, Tatiana Rincón en su artículo titulado "*Ciudadanía sin derechos políticos ¿Una ciudadanía cercenada?*", estudia las implicaciones de la destitución de un funcionario elegido por voto popular, desde una dimensión individual del derecho a la ciudadanía.

En efecto, indica que la destitución e inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos, para quien ha sido elegido por voto popular, "*equivale a una negación radical de la condición de ciudadanía y con ello de la igualdad propia de una comunidad política de personas que se reconocen como iguales en términos de derechos*" (Rincón, 2014).

En este contexto, el individuo deja de ser una persona que pertenece plenamente a la comunidad, que no cuenta o que deja de existir en lo público, porque ya no posee el poder de decidir sobre lo común, sobre lo que interesa a todos, con lo cual se reduce notablemente sus ámbitos de autonomía.

Esta es la razón que le permite afirmar a la autora, que los derechos políticos, y dentro de estos, el derecho a elegir y ser elegido, son fundamentales, porque atañen a la inherencia de la persona en una comunidad. Por ello, su restricción debe corresponder al poder judicial penal.

Finalmente, existen posturas que apoyan las decisiones, que, sobre este tema, ha tomado la Corte Constitucional colombiana. En este ámbito, Adriana Barbosa & Ana Ortiz, en un documento reflexivo titulado “*La restricción de los derechos políticos en Colombia por autoridades administrativas de control a la luz del artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica*”, concluye que la competencia de la Procuraduría para sancionar a servidores públicos electos, no es incompatible con el art. 23.2 de la Convención Americana, que debe interpretarse de manera armónica e integral con otros instrumentos normativos, que obligan al Estado a luchar contra la corrupción y, por ésta vía, garantizar el interés general y la reivindicación de la moralidad pública (Barbosa & Ortiz, 2019).

Ahora bien, al analizar y categorizar los estudios académicos referenciados, se tiene lo siguiente:

Existe una posición unificada en el escenario académico, en relación con el contenido del art. 23.2 de la Convención Americana. El postulado se centra en que esta previsión normativa consagra las oportunidades en las cuales, las leyes de los Estados pueden interferir los derechos políticos,

exclusivamente por motivos de *“edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil, mental o condena por juez competente en proceso penal”*. Estas posibilidades de interferencia, permiten aseverar que los derechos políticos no son derechos absolutos, sino que pueden ser legítimamente limitados bajo criterios de legalidad, razonabilidad y estricta necesidad (Corte Interamericana, Caso Yatama Vs Nicaragua, 2005; Caso Castañeda Gutman Vs. México, 2008).

Uno de los criterios razonables mediante los cuales el instrumento convencional legitima la posibilidad de limitar los derechos políticos, es la condena por un juez competente en un proceso penal, lo que para Brewer (2012) y Villalba & González (2014), no admite interpretaciones diversas a las que invita el sentido literal del numeral 2 del art. 23 de la Convención Americana; de ahí que cualquier procedimiento ajeno a un juicio penal, no es competente para restringir los derechos políticos de quien ha sido elegido en virtud del voto popular.

Lo anterior, en razón a que, según Hurtado (2018) *“el Derecho Penal se concibe como la senda idónea para garantizar la convencionalidad de la medida restrictiva”*; porque si bien existen otras figuras del Derecho sancionatorio las mismas transitan, sin la observancia estricta de las garantías de un juicio justo.

En una perspectiva distinta a la planteada por los anteriores autores, pero arribando a la misma conclusión, Rincón (2014) estudia las implicaciones

de la destitución de un funcionario elegido por voto popular, desde una dimensión individual del derecho a la ciudadanía. En efecto, indica que la destitución e inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos, para quien ha sido elegido por voto popular, equivale a una negación radical de la condición de ciudadanía y con ello de la igualdad propia de una comunidad política de personas que se reconocen como iguales en términos de derechos.

En este contexto, el individuo deja de ser una persona que pertenece plenamente a la comunidad, que no cuenta o que deja de existir en lo público, porque ya no posee el poder de decidir sobre lo común, sobre lo que interesa a todos, con lo cual se reduce notablemente sus ámbitos de autonomía. Esta es la razón que permite afirmar que los derechos políticos, y dentro de estos, el derecho a elegir y ser elegido, son fundamentales, porque atañen a la inherencia de la persona en una comunidad. Por ello, su restricción debe corresponder al poder judicial penal.

A diferencia de las anteriores investigaciones, Barbosa & Ortiz (2019) considera que el art. 23.2 de la Convención Americana, no cierra la posibilidad de que sea un funcionario de la administración o un órgano de control, el que tenga la facultad de limitar los derechos políticos, en tanto tal disposición debe interpretarse de manera armónica e integral con otros instrumentos normativos, que obligan al Estado a luchar contra la corrupción y, por ésta vía, garantizar el interés general y la reivindicación de la moralidad pública.

El *quid* de estas disquisiciones doctrinales gira en torno al carácter cerrado o abierto del art. 23.2 de la Convención Americana; esto es, si constituye *numerus clausus* o *numerus apertus*. Lo anterior, en vista de que el art. 23.2 de la Convención Americana introduce la expresión *exclusivamente*, a propósito de la cual, la Comisión Interamericana ha establecido que la misma contiene un catálogo *numerus clausus* de las limitaciones que los Estados pueden hacer legítimamente a los derechos políticos (Comisión Interamericana, 1999).

*“De tal forma que los Estados pueden diferenciar situaciones y establecer categorías para determinados grupos de individuos, siempre que se persiga un fin legítimo y que la clasificación guarde una razonable y justa relación con la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico. De allí, y tan sólo para mencionar un ejemplo, que no puede decirse que el Estado discrimina entre sus ciudadanos cuando establece un límite mínimo de edad para ejercer el derecho al voto, pues persigue un fin legítimo (capacidad de discernimiento en el electorado) y la diferenciación está relacionada con la finalidad perseguida (participación política consciente). En este sentido, es importante señalar que la propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos, mediante la reglamentación exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal. **Se trata, en consecuencia, de limitaciones numerus clausus, por lo que toda otra causa que limite el***

ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento.

(negrilla no original) (Comisión Interamericana, párr. 101, 1999).

Sobre el particular, Adén (2012) enuncia que dichas interferencias deben ser interpretadas de manera restrictiva, bajo los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, comoquiera que están en juego fines de interés general y orden democrático, bajo los cuales, los tribunales nacionales deben mejorar la fórmula de los derechos, más no empeorarla.

Bajo estos presupuestos, según Dalla **Fuente especificada no válida.** si los Estados llegasen a contemplar otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación, incumplirían las obligaciones adquiridas con la firma del instrumento convencional, lo cual es coherente con la interpretación armónica del art. 30 de la misma Convención Americana, del cual se desprende el deber de hacer interpretaciones cerradas y restringidas cuando se quieran limitar derechos.

En cambio, Amaya (2016) sostiene una posición intermedia a la planteada por Brewer (2012), Hurtado (2018) y Adén (2012), al entender que el término “*condena por juez competente en proceso penal*” es abierto y puede abarcar diferentes procedimientos o juicios previstos por los Estados, siempre que los mismos respeten las garantías de un juicio justo o del debido proceso;

entendimiento que da respuesta a las necesidades institucionales y combate los flagelos de la corrupción. En este orden de ideas, la restricción al derecho a ser elegido debe darse en un escenario jurisdiccional, no necesariamente penal, que concluya con una sentencia condenatoria firme, con las características de cosa juzgada, esto es, que goce de inmutabilidad e inimpugnabilidad, sea apta para desvirtuar la inocencia y acredite probatoriamente la culpabilidad.

En este escenario de discusión, Roa (2015) y Nash (2009) critican la manera en la cual, la Corte Interamericana, en las distintas providencias que han analizado los derechos políticos, aclara que no impone un modelo democrático particular a los Estados, por lo que, para los autores no existe certeza de si, las restricciones a los derechos políticos, deben ceñirse de manera exclusiva a las previsiones del art. 23.2 de la Convención Americana o éste contempla lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de derechos políticos y permiten a los Estados que los reglamenten en el marco de la ley.

Así, por ejemplo, en el caso *Castañeda Gutman Vs México*, el Tribunal Regional entendió que las disposiciones del art. 23.2 del instrumento convencional *“que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 (...) tiene como propósito único evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos”* (Corte Interamericana, Caso *Castañeda Gutman Vs. México*, 2008).

Significa lo anterior que, las condiciones habilitantes para el ejercicio de derechos políticos, son límites que legítimamente pueden establecer los Estados, salvo que los mismos, sean desproporcionados e irracionales, es decir, que constituyan un abuso del derecho.

Para Roa (2015) la diatriba hacia las producciones jurisprudenciales del Tribunal Regional, gravita entorno a la omisión de éste de centrar el estudio de casos en *“el reconocimiento de la existencia de un proyecto de vida relacionado con el ejercicio activo de la política y de los cargos públicos”*, que tiene estrecha relación con el derecho a ser elegido.

Por ello, el autor esboza una propuesta de modificación institucional que propende por aumentar las vías de diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana, en el contexto de los conflictos que se suscitan en materia de derechos políticos, entre la Constitución Política y la Convención Americana.

En este contexto, establece que los tribunales nacionales de cierre, deben consultar a la Corte Interamericana, la adecuación o los niveles de aplicación de una norma interna que, en la solución de casos concretos, pueda ser contraria al fin y efecto útil del instrumento regional; aclarando que la opinión consultiva que resulte de este proceso, es obligatoria en virtud del instituto del control de convencionalidad (Roa, 2015).

En esta misma línea, Reyes (2009) cuestiona la facultad existente en Colombia, a cargo de un órgano administrativo, no penal, como es el Ministerio Público, para restringir el derecho a ser elegido, por razones distintas de las contenidas en los tratados internacionales, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, particularmente la Convención Americana que, en su art. 23.2 prohíbe la limitación del derecho estudiado, por un procedimiento distinto al penal.

El autor concluye que las disposiciones de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) resultan violatorias de la Constitución Política, pese a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, porque desconocen la prevalencia de los tratados internacionales sobre DDHH, según las voces del art. 93 del Texto Superior (Reyes, 2009).

Por esta razón, y comoquiera que existen más dudas que certezas, en lo que respecta al contenido esencial del derecho a elegir y ser elegido – teniendo en cuenta los vacíos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la hora de delimitar sus alcances– Roa (2015) propone la legitimación por activa para que los tribunales nacionales puedan generar un diálogo judicial, en relación con las posibilidades de aplicación o inaplicación de una norma del derecho interno, en este caso, la que habilita a la Procuraduría para destituir a funcionarios elegidos en virtud del sufragio.

En esta misma línea, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá, considera que, mediante las opiniones consultivas, la Corte desentraña el sentido, propósito y razón de las normas internacionales de DDHH, lo que les permitirá a los Estados revisar y adecuar sus ordenamientos, a fin de evitar litigios internacionales a futuro (Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional. Facultad de Derecho, Universidad Libre de Colombia, s.f.).

Como puede advertirse, en el ámbito doctrinal se presenta la misma problemática que se avizora en la jurisprudencia de las Altas Cortes, pues para un sector de la doctrina, el precedente interamericano no es obligatorio en el ámbito doméstico y, por ello, la Procuraduría es el órgano competente para tomar la determinación de destituir a un servidor público elegido por voto popular; por su parte, para otro sector, la jurisprudencia interamericana sí es vinculante en el contexto nacional; sin embargo, aquí se distinguen dos posiciones.

La primera que entiende que el art. 23.2 de la Convención Americana no establece de manera taxativa las posibilidades de limitación del derecho a ser elegido y por tanto se erige bajo la dinámica de *numerus apertus*, dejando latente la potestad de un funcionario distinto al juez penal, de destituir a un servidor público elegido por voto popular.

En cambio, la segunda parte de la consideración de que las causales establecidas en el art. 23.2 de la Convención Americana, constituyen *numerus clausus*, esto es, de interpretación cerrada y restrictiva en atención a la maximización del derecho político a ser elegido, por ello, si la Procuraduría toma la decisión de destituir a un servidor público elegido por voto popular, se reputa como funcionario sin competencia, comoquiera que no ostenta la calidad de un juez penal.

A continuación, se presenta el análisis de la sentencia del 8 de julio de 2020, en la cual, la Corte Interamericana, condenó al Estado Colombiano por la destitución del señor Gustavo Petro Urrego en virtud de un fallo emitido por la Procuraduría como conclusión de un proceso disciplinario en su contra.

CAPITULO II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DEL 8 DE JULIO DEL 2020, CASO PETRO VS COLOMBIA.

El propósito de este acápite consiste en describir y analizar la sentencia de la Corte Interamericana emitida el 8 de julio de 2020, en la cual, se condenó al Estado colombiano por haber vulnerado los derechos políticos de Gustavo Petro Urrego, con ocasión del fallo de la Procuraduría que decidió destituirlo e inhabilitarlo por quince años. El estudio se hace en tres apartes fundamentales; en el primero, se describen los antecedentes internos del caso

objeto de atención; en el segundo, se abordan los puntos esenciales de la providencia y en el último se reflexiona sobre los alcances de la misma en el derecho nacional, en relación con la configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior” para la procedencia de la anulación del acto administrativo, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

2.1. Antecedentes internos del Caso Petro Vs Colombia: Posturas de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

El 9 de diciembre del año 2013, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría, dentro del radicado IUS 2012-447489, sancionó al señor Gustavo Petro Urrego con destitución e inhabilidad general por el término de quince 15 años, al encontrarlo responsable de las faltas disciplinarias contempladas en los numerales 31, 37 y 60 del art. 48 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), con ocasión del cambio del esquema de la prestación del servicio de aseo en el Distrito Capital, en su calidad de Alcalde Mayor, en el segundo semestre del año 2012.

Fueron diversas las actuaciones que se adelantaron en contra la decisión enunciada. En primer lugar, el ciudadano José Gotardo Pérez Soto, en ejercicio del derecho fundamental a elegir y ser elegido, interpuso acción de

tutela en contra del fallo mencionado; actuación que correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del radicado 2013-07052-00. Esta Corporación en providencia del 13 de enero del 2014, decidió en la admisión de la demanda, decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo referido.

El argumento central del auto proferido por el Tribunal, fue que, la Procuraduría, como órgano administrativo de control, no era competente para destituir a servidores públicos investidos por el mandato popular, por lo que se avizoraba una infracción a la Convención Americana, que sólo autoriza a un juez penal para tal efecto o, en su defecto, al mismo pueblo que lo eligió. En tal sentido, dijo que *“si las normas de los tratados son prevalentes frente al derecho interno, deviene imperativo que no siendo el procurador juez, su decisión es absolutamente proferida sin competencia”*.

De esta manera, en sede de tutela, el Tribunal concluyó que, el proceder de la Procuraduría constituía una vía de hecho que generaba preocupaciones en torno a los procesos de responsabilidad del Estado por contrariar una norma superior, ya que, en el evento de ser demandado el Estado colombiano, ante el Sistema Interamericano, existía una alta probabilidad de condena con el exhorto de modificar el ordenamiento jurídico interno (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2013-07052-00, 2014).

Sin embargo, el mencionado Tribunal, mediante providencia del 17 de enero de 2014, rechazó por improcedente la acción de tutela referenciada, porque no encontró configurado el defecto orgánico argüido por el apelante, ya que, de manera contraria a lo que había planteado en el auto que admitió la demanda, esta vez entendió que la competencia de la Procuraduría para destituir a servidores públicos de elección popular, estaba sustentada en el art. 277 de la norma constitucional y era conforme con la sentencia C-222 de 1999, así como con el art. 7 del Decreto 262 del 2000.

Aunado a lo anterior, el Tribunal consideró que entre la facultad de la Procuraduría para destituir a servidores públicos nombrados por el pueblo y lo estatuido en el art. 23 de la Convención Americana, no existía oposición ni contradicción y, para ello, trajo a colación las sentencias C-028 de 2006 y SU-712 de 2013 de la Corte Constitucional, recordando que el precedente interamericano dejaba a los Estados un margen de apreciación o libertad para reglamentar los derechos políticos y sus limitaciones mediante la ley.

Impugnada la anterior decisión por el señor Gustavo Petro Urrego, la misma fue conocida por el Consejo de Estado dentro del radicado 2013-06871-01, quien, en decisión del 5 de marzo del 2014, consignó los siguientes argumentos:

(i) Existe un medio de defensa judicial idóneo, diferente a la acción de tutela, para la protección de los derechos fundamentales alegados por el accionante; esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del

derecho, en cuyo contexto, el perjudicado puede pedir medidas cautelares provisionales, que se muestran como eficaces para suspender el acto de destitución, incluso, de manera previa, al trámite de la conciliación extrajudicial en derecho.

(ii) En el caso sometido a análisis, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable como requisito necesario para la procedencia excepcional de la acción de tutela, en vista de la presencia de otro mecanismo de defensa judicial. El Consejo de Estado, señaló que el perjuicio debe ser injustificado y provenir de una acción ilegítima Vrg., falta absoluta de competencia, actuación por fuera del procedimiento establecido, ausencia de pruebas, sustento en normas inexistentes o declaradas inexequibles y desconocimiento del precedente.

(iii) En el presente caso, el Consejo de Estado advirtió que la Procuraduría sí era competente para destituir a un servidor público nombrado por el pueblo, en atención al precedente sentado por la Corte Constitucional, que inició con la providencia C-222 de 1999. En efecto, recordó, igualmente que, en la sentencia C-028 de 2006 que decidió la constitucionalidad de los arts. 44, numeral 1, 45 literal d) y 46 inciso 1, de la Ley 734 de 2002, la Corte Constitucional señaló el deber de interpretar el art. 23 de la Convención Americana de manera sistemática y teleológica, junto con otros instrumentos internacionales como la Convención de Estados Americanos contra la corrupción de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas contra la

corrupción de 2003, que exigen del derecho interno obligaciones concretas, en relación con la adopción de medidas sancionatorias, no privativas de la libertad destinadas a proteger el erario público, las cuales, permiten establecer que la competencia de la Procuraduría, materia de discusión, no es contraria al art. 23.2 de la Convención regional.

(iv) El propio Sistema Interamericano le ha otorgado un margen de apreciación a los Estados para dar eficacia al derecho internacional, en el ámbito doméstico. Así pues, en el caso *Castañeda Gutman Vs México*, la Corte Interamericana consideró que el art. 23.2 del instrumento regional, no imponía un sistema electoral determinado, sino que planteaba unos estándares mínimos para limitar los derechos políticos, a la luz de los cuales, los Estados partes de la Convención Americana deben abstenerse de imponer medidas desproporcionadas o irrazonables.

(v) De esta manera, si las medidas adoptadas por el Estado, para sancionar a los servidores públicos, se ajustan al respeto y realización del debido proceso, se entiende que las mismas no son, ni desproporcionadas ni irracionales; interpretación que, según el Consejo de Estado, fue la que erigió la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *López Mendoza Vs Venezuela*. Así pues, en el contexto normativo colombiano, la destitución de un servidor público, por parte de la Procuraduría, cuenta con la posibilidad de ser controlada por la vía jurisdiccional contencioso administrativa; mecanismo de controversia, con el cual, se materializan las garantías del debido proceso.

(vi) El procedimiento y la sanción adoptada en contra del señor Gustavo Petro, según el Consejo de Estado, se adelantó conforme a lo dispuesto en el art. 277.6 de la Constitución Política de 1991, bajo el cual, no se prohíbe la delegación en la Sala Disciplinaria de la Procuraduría, teniendo en cuenta que, los cargos que le fueron atribuidos al servidor público no encajan en una infracción manifiesta de la Constitución o la Ley. Bajo estos presupuestos, no le resultaba aplicable el art. 278.1 de la norma constitucional que otorga la competencia a la Procuraduría y prohíbe la delegación.

A la luz de los anteriores argumentos, el Consejo de Estado rechazó la acción de tutela y levantó la suspensión provisional que había sido decretada en contra del acto administrativo emanado por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría; actuación que le permitió, al presidente de la República, emitir el Decreto 570 del 20 de marzo de 2014, con el cual, se dispuso la destitución de Petro Urrego.

La anterior actuación fue sometida al trámite de revisión por la Corte Constitucional, la que, mediante providencia SU-355 de 2015 certificó que existía cosa juzgada constitucional respecto de la validez y legitimidad de la potestad disciplinaria sancionatoria de la Procuraduría en relación con la conducta de los servidores públicos que, incluso, han sido elegidos por voto popular; regla jurisprudencial contenida en las sentencias C-028 de 2006, SU-712 de 2013 y C-500 de 2014.

En esta decisión, los Magistrados Alberto Rojas Ríos y Myriam Ávila Roldán aclararon el voto en el sentido de afirmar el carácter obligatorio y vinculante de la jurisprudencia interamericana en torno al art. 23.2 de la Convención Americana para estimar que, la misma se erigía como un recurso valioso para que la Corte Constitucional variara su posición jurisprudencial, a fin de argüir la incompetencia de la Procuraduría para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular.

Sin embargo, el 31 de marzo de 2014, el señor Petro Urrego acudió al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del fallo emanado por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría que decidió su destitución. En este contexto, el Consejo de Estado mediante sentencia del 15 de noviembre de 2017, dictada en el proceso radicado 1131 de 2014, acudió a la figura del control de convencionalidad, con la cual otorgó valor jerárquico superior al precedente interamericano en el ordenamiento jurídico colombiano, en torno a la interpretación del art. 23.2 de la Convención Americana, a fin de dar por demostrada la configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de normas superiores”, bajo las cuales, tuvo lugar la anulación del acto administrativo que restringió los derechos políticos del servidor público accionante.

Para tal efecto, el Consejo de Estado estimó que la cosa juzgada constitucional contenida en el precedente de la Corte Constitucional,

únicamente estaba referida a la validez y legitimidad de la Procuraduría para destituir a los servidores públicos, incluidos los de nombramiento popular, por actos de corrupción y que, en el caso del señor Petro Urrego, la Fiscalía había emitido autos de archivo por considerar que no encuadraba en tal categoría.

En razón a que Petro Urrego no fue sancionado disciplinariamente por actos de corrupción, el Consejo de Estado encontró que el acto administrativo demandado infringió:

“una disposición de rango superior (artículo 23.2 convencional) que obliga, por vía del principio pacta sunt servanda, a su ineludible observancia por parte de los Estados miembros de la Convención, norma que dispone que solo un juez penal, mediante una sentencia condenatoria dictada en un proceso penal, puede restringir los derechos políticos de una persona”. (Consejo de Estado, rad. 1131, 2017)

Así pues, la infracción de la norma superior contenida en el art. 23.2 de la Convención Americana, reputada o atribuida a la actuación de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría con la emisión del acto administrativo de destitución en contra de Petro Urrego, conllevó, para el Consejo de Estado, a la configuración de la causal de “funcionario sin competencia”, como evento que conduce a la anulación del acto administrativo.

“De acuerdo con lo anterior, y en atención a la cosa juzgada constitucional, la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer la

sanción prevista en el artículo 44 numeral 1 del CDU, sanción que comporta una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el numeral 1 del artículo 23 convencional”. (Consejo de Estado, rad. 1131, 2017)

No obstante, el Consejo de Estado, posteriormente, aclaró que dichos pronunciamientos únicamente tenían efectos *inter partes* y no *erga omnes*, de manera que no sujetaban, ni obligaban a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Rad. 1131-2014, noviembre, 15, 2017). Así lo aclaró el Máximo Órgano Judicial de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en decisión del 13 de febrero del 2018 (Auto que resuelve solicitud de aclaración de sentencia del 15 de noviembre de 2017, 2018).

Dicha aclaración y los efectos concedidos al fallo en el caso de Petro Urrego, en realidad, resultan problemáticos, si se tiene en cuenta que, uno de los fundamentos de la *ratio decidendi* de la providencia fue el derecho a elegir del conglomerado social, fundado en la autonomía y capacidad de autodeterminación de sus integrantes que fortalecen el principio democrático y el de tridivisión de poderes, como la esencia y teleología del art. 23.2 de la Convención Americana, al cual, el Estado colombiano le debe estricta observancia. Sobre el particular, el Consejo de Estado manifestó:

“[E]l artículo 23.2 convencional supone la preservación del principio democrático y la preponderancia del derecho a elegir que tienen los ciudadanos de Bogotá en observancia del principio de soberanía popular, de

tal manera que mantener vigente una sanción que restringe los derechos políticos del elegido no solamente implicaría cercenar derechos del sancionado, sino también hacer nugatorios los derechos políticos de sus electores que, como constituyente primario, han acordado definir los medios y las formas para autodeterminarse, elegir a sus autoridades y establecer los designios y las maneras en los que habrán de ser gobernados.

(...)

Es de la esencia y espíritu del artículo 23 convencional que las autoridades administrativas no ostentaran tal poder como para contrariar la voluntad popular y mancillar los derechos políticos de sus contradictores y opositores, dejando la posibilidad de la decisión, tendiente a limitar este tipo de derechos, en cabeza del poder judicial y particularmente de jueces, con autonomía y capacidad de dictar el derecho de manera imparcial, como lo eran los jueces penales de las golpeadas repúblicas. De esta forma, la Carta Fundamental no solamente permite que las mayores garantías previstas en tratados internacionales que consagren derechos humanos rijan en el orden interno, por virtud del bloque de constitucionalidad, sino también que garantiza la autonomía e independencia del poder judicial, facilitando de esta manera que la protección y defensa de los derechos de índole político, y particularmente los de elegir y ser elegidos, se puedan radicar en cabeza de los jueces de la República. Es así como, a la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes para imponer las

sanciones que impliquen la destitución y la inhabilidad general de derechos políticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción”.
(Consejo de Estado, rad. 1131, 2017)

Como puede advertirse, los motivos que llevaron al Consejo de Estado a la anulación del acto administrativo proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría se centran en el contenido esencial del derecho de los electores; esto es, a su dignidad. Si, uno de los ámbitos de aplicación de la dignidad es la autonomía fundada en la capacidad de autodeterminación de las personas para diseñar su proyecto de vida, en el escenario privado y público y, bajo tales designios, emergen decisiones que atañen al destino de la gestión pública, el Estado debe generar mecanismos para que las voluntades electorales sean respetadas.

En tal sentido, la incorporación del art. 23.2 de la Convención Americana en el ordenamiento jurídico doméstico busca salvaguardar esas voluntades electorales, en la medida en que sólo los jueces de la república, en el escenario procesal penal, pueden limitar no sólo los derechos políticos del servidor público elegido por sufragio, sino también la voluntad decisoria del pueblo que, con el voto, posicionó al elegido como representante del conglomerado social.

Así las cosas, no se entiende como el control de convencionalidad adelantado por el Consejo de Estado en la mencionada providencia fue limitado en sus efectos al caso estudiado, negando efectos *erga omnes*, cuando lo cierto es que se trató de la incorporación y armonización de una norma de la Convención Americana, sobre derechos humanos al sistema jurídico doméstico, con la misma jerarquía y entidad normativa predicable de la norma constitucional, a la cual hace parte en virtud del bloque de constitucionalidad y cuya superioridad es defendida por la propia supremacía constitucional.

De manera paralela a las actuaciones descritas, Petro Urrego acudió al Sistema Interamericano, para obtener la protección de sus derechos políticos. En el marco de dicho trámite, el 18 de marzo de 2014, la Comisión Interamericana dictó medidas cautelares tendientes a la suspensión del acto administrativo que impuso su destitución e inhabilidad. Estas medidas fueron cumplidas por el Estado colombiano, mediante el Decreto 797 del 23 de abril del 2014, con ocasión del cumplimiento de la providencia de la Sala Civil- Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha del 21 de abril de 2014, que decidió la acción de tutela presentada por un ciudadano que pidió el amparo de sus derechos electorales. En virtud de lo anterior, Petro Urrego fue restituido al cargo de Alcalde Mayor de la ciudad de Bogotá, mientras continuaba el trámite ante la Corte Interamericana.

2.2. Contenido de la Sentencia de la Corte Interamericana del 8 de julio del 2020 Caso Petro Vs Colombia en relación con la identificación del funcionario competente para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular.

El 8 de julio de 2020, la Corte Interamericana profirió sentencia de fondo, mediante la cual, declaró responsable al Estado colombiano, por la violación de los arts. 23.2; 8.1 y 8.2.d) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Petro Urrego, por las actuaciones adelantadas en su contra, que concluyeron con la destitución del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá y la inhabilidad por el término de quince años.

En dicha providencia, el Tribunal Regional sostuvo que la democracia representativa es la piedra angular de la Organización de Estados Americanos y, por ello, ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales como la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana y la Convención Americana, para afirmar la necesidad de que los Estados salvaguarden los derechos políticos, en su dimensión individual y colectiva, no sólo de quienes participan como candidatos, sino, además, de sus electores, bajo mecanismos que brinden posibilidades reales para su ejercicio.

Tal acepción no significa que los derechos políticos sean absolutos. La Corte Interamericana recuerda que los mismos pueden ser limitados; empero, dada la importancia que subyace en los derechos políticos de cara a la garantía de la democracia y el pluralismo político, reitera que los mismos sólo pueden ser regulados, restringidos o limitados, de manera estricta con sujeción, al derecho internacional.

El carácter estricto de dicha sujeción, es explicado por la Corte Interamericana en dos afirmaciones contenidas en el fundamento número 94 de la providencia. La primera, cuando aclara que la facultad del Estado para limitar los derechos políticos no es discrecional y que el art. 23.2 de la Convención Americana establece de manera “exclusiva” cuáles son las posibilidades que tienen los Estados para limitar, restringir o interferir tales derechos, aludiendo únicamente a razones de “*edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*”. La segunda, lleva a establecer que el margen de apreciación de los Estados en relación con la manera cómo regulan los derechos políticos en el orden interno, está dada por el carácter cerrado y restringido del art. 23.2 de la mencionada Convención Americana.

En tal sentido, aunque la Corte Interamericana en esta oportunidad no indica, de modo expreso que el art. 23.2 de la Convención Americana establece un catálogo *numerus clausus*, sí deja entrever que los Estados

partes en dicha Convención, no pueden consagrar otros eventos de limitación ajenos a los señalados en la norma estudiada, al decir que *“como lo establece el artículo 29 de la Convención, ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella”*.

En ese orden de ideas es claro que con esta providencia se consolida la regla de interpretación del precedente interamericano en torno al art. 23.2 de la Convención Americana, a la luz de la cual, las sanciones de destitución e inhabilitación de quienes son elegidos por el pueblo, sólo pueden ser impuestas por un juez competente en un proceso penal.

*“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”*.

Del párrafo transcrito, no cabe duda que el art. 23.2 de la Convención Americana debe ser cumplido por los Estados bajo una interpretación literal, exegética que no admite interpretación distinta a lo que la norma de manera diáfana establece; esto es, que la limitación a los derechos políticos, tanto del elegido como de sus electores, únicamente procede como conclusión de un proceso penal, mediante un acto jurisdiccional adoptado en sentencia.

Aquí no cabe otra interpretación distinta a la enunciada. Esto, no sólo significa que las autoridades administrativas de los Estados están despojadas de la facultad de imponer sanciones a los servidores públicos de elección popular que impliquen restricciones a sus derechos políticos como sucede con la destitución y la inhabilidad, sino que, además, exige que tal potestad recaiga única y exclusivamente en un juez penal, valga la redundancia, en un proceso penal.

Bajo esta perspectiva, no podría el Estado conceder facultades jurisdiccionales a un órgano administrativo y dotar de efectos de sentencia a la decisión que ahí se imponga, a la luz de la cual se destituya al servidor público elegido por el pueblo. Tampoco podría, en este escenario, hacer modificaciones que, de alguna manera, garanticen que las funciones de investigación y juzgamiento no estén concentradas en un mismo órgano, garantizar la impugnación de la “sentencia” bajo la fórmula de la segunda instancia y brindar mayores posibilidades de defensa y contradicción.

Cierto es que, todas las anteriores son las garantías de un juicio justo contempladas en el art. 8 de la Convención Americana aplicables a un proceso penal. Empero, lo primero que la Corte Interamericana aclara es que sanciones como la destitución y la inhabilidad de servidores públicos elegidos por el pueblo, sólo pueden ser impuestas por un juez penal en un proceso penal.

Cosa muy distinta es que, aclarado este aspecto, la Corte Interamericana haya pasado al estudio del caso concreto, en el que, necesariamente debía analizar qué otros derechos de Petro Urrego (aparte de los políticos) fueron ilegítimamente restringidos con ocasión de la actuación administrativa de la Procuraduría que decidió su destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos.

En este estadio de análisis, valga aclarar que la Corte Interamericana es conteste en afirmar que sólo un juez penal, en un proceso penal puede destituir e inhabilitar a un servidor público que ha sido nombrado por el pueblo con ocasión del ejercicio del derecho a elegir, por parte del electorado y a la luz de estos argumentos para analizar la convencionalidad de las normas de derecho interno que conceden a la Procuraduría la potestad disciplinaria sancionatoria, lo cual se hace bajo la argumentación que sigue:

“112. En el presente caso, el Tribunal constata que el artículo 277.6 de la Constitución Política de Colombia faculta al Procurador para “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”. Por su parte, el artículo 278 del texto constitucional establece que el Procurador ejercerá directamente la función de “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas [...]”. La Corte observa que el primer período del inciso 6º del artículo 277 y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución de Colombia admiten la posibilidad de ser interpretados de modo compatible con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1º de la propia Constitución, **a condición de entender que la referencia a los funcionarios de elección popular está limitada únicamente a la potestad de vigilancia del Procurador.** Conforme a la regla de que no debe declararse una norma violatoria de la Convención en tanto admita una interpretación compatible con ésta, la Corte encuentra que el inciso 6º del artículo 277, y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución Política de Colombia, no son incompatibles con el artículo 23 de la Convención Americana.

113. Por otro lado, el Código Disciplinario Único prevé en sus artículos 44 y 45 la facultad de la Procuraduría para destituir e inhabilitar funcionarios públicos, y define las implicaciones de dichas sanciones en los siguientes términos: “a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin

que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución, o c) La terminación del contrato de trabajo, y d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera”. **La Corte ya concluyó anteriormente que una sanción de inhabilitación o destitución de un funcionario público democráticamente electo por vía de autoridad administrativa y no por “condena, por juez competente, en proceso penal”, es contraria al artículo 23.2 de la Convención y al objeto y fin de la Convención (supra párr. 100). Por las mismas razones, la Corte concluye que el Estado incumplió con sus obligaciones previstas en el artículo 23 de la Convención, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, por la existencia y aplicación de las normas del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría a imponer dichas sanciones a funcionarios públicos democráticamente electos, como fue el caso del señor Petro.** (negrillas no originales)

De los fundamentos jurídicos de la sentencia transcritos (112 y 113) es claro que, la potestad disciplinaria de la Procuraduría para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular es contraria al art. 23.2 de la Convención Americana, es decir resulta inconvencional, atendiendo a la regla de que sólo un juez penal, en un proceso penal, puede restringir válidamente los derechos políticos del servidor público elegido por el pueblo.

De esta manera, las normas constitucionales contenidas en los artículos 277.6 y 278 resultan ser convencionales si y solo sí se entienden como habilitadoras de una facultad de la Procuraduría que se limite a la vigilancia de la conducta de tales servidores públicos, sin que ello abarque la posibilidad de destituirlos o inhabilitarlos. Por ello, las normas del Código Disciplinario Único, en torno al tema, fueron consideradas violatorias del art. 23.2 de la Convención Americana.

Un punto crucial de la providencia, es que la Corte Interamericana erige la regla jurisprudencial de la incompetencia de un órgano administrativo para limitar los derechos políticos de un servidor público elegido por el pueblo *in genere*; es decir, sin restringir su ámbito de aplicación a las actuaciones que se enmarquen en hechos de corrupción.

Ahora bien, conforme a la regla jurisprudencial contenida en la providencia y ya descendiendo al caso concreto, la Corte Interamericana concluyó, frente a Petro Urrego que:

“En el caso de la sanción impuesta al señor Petro, ninguno de esos requisitos se cumplió, pues el órgano que impuso dicha sanción 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. Además, la sanción de destitución –aun cuando esta haya ocurrido por un período de un mes- constituyó una restricción a los derechos políticos tanto

del funcionario democráticamente electo, que no pudo continuar ejerciendo su cargo, como una afectación a los derechos de aquellas personas que lo eligieron, y en general afecta la dinámica del juego democrático al constituir una alteración de la voluntad de los electores”.

Como colofón de lo expuesto se tiene que, a la luz de la sentencia analizada de la Corte Interamericana del 8 de julio de 2020, el precedente interamericano en torno al art. 23.2 de la Convención Americana es obligatorio y vinculante para el Estado colombiano y, en tal sentido, la limitación de los derechos políticos del servidor público de elección popular debe ser tomada al tenor literal de la disposición y solo procede por juez penal en un proceso penal, de manera que, la Procuraduría al ser un órgano de control de naturaleza administrativa, no tiene la competencia para imponer la destitución y la inhabilidad a dichos servidores públicos con conclusión de un procedimiento disciplinario, aun en los eventos en los cuales se trate de actos de corrupción o en aquellas circunstancias en las que el Estado genere modificaciones estructurales al interior de la Procuraduría, que tiendan a generar imparcialidad en la investigación y el juzgamiento, que le atribuyan funciones jurisdiccionales al órgano administrativo o que, fortalezcan el derecho a la presunción de inocencia y las demás garantías del debido proceso.

Lo cierto es que, a pesar de que ello suceda, mientras no sea un juez penal quien imponga la destitución o la inhabilidad al servidor público que el

pueblo ha elegido y mientras tal determinación no se adopte en un proceso penal, las actuaciones del Estado colombiano van a seguir resultando inconvencionales con el riesgo de ser sancionado nuevamente por la Corte Interamericana.

Por ello, es imprescindible entrar a analizar los alcances del precedente interamericano en el derecho doméstico y la manera bajo la cual se han venido modificando las normas del Código único Disciplinario, a la luz de la sentencia estudiada, advirtiendo desde ya que el Estado colombiano no ha cumplido con las sanciones impuestas, en vista de que se ha mantenido la potestad sancionatoria de la Procuraduría luego de expedida la sentencia interamericana.

2.3. Alcance en el derecho nacional de la Sentencia de la Corte Interamericana del 8 de julio del 2020 Caso Petro Vs Colombia en relación con la violación de una norma superior.

Existen estudios que otorgan diverso valor a la jurisprudencia del Sistema Interamericano, en los ordenamientos jurídicos domésticos. La doctrina tradicional, que se desprende de un análisis del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entiende que dichas producciones normativas constituyen criterios auxiliares de interpretación, para la determinación de las reglas de derecho; por lo tanto, al decir de Gaviria (2005)

*“sólo podrán utilizarse en forma subsidiaria para suministrar una norma de derecho internacional, cuya existencia no conste con suficiente claridad”.***Fuente especificada no válida..**

Bajo esta teoría, el derecho internacional se funda en el principio de soberanía y voluntarismo estatal, de manera que, los Estados son los que deciden a qué instrumentos le otorgan efectos obligatorios y vinculantes, en un proceso de verificación y aprobación en su ordenamiento jurídico interno, lo que supone que solo los tratados internacionales son ley para las partes, porque en ellos está presente dicho proceso. Por ello, darle valor relevante a la jurisprudencia internacional *“supondría el desconocimiento de la naturaleza del propio ordenamiento internacional, como derecho de cooperación entre entidades soberanas, y de sus procesos de formación normativa identificados principalmente con el voluntarismo estatal”* (Weil, 1983, pág. 420).

Contrario a estas posiciones y debido a las dinámicas de la sociedad internacional y sus formas de regulación, Pastor (1983) (1973) y Paniagua (1998) consideran que se ha producido un desplazamiento del centro de gravedad en el cuadro de las fuentes del derecho internacional, en el cual, las Organizaciones Internacionales juegan un papel trascendental en la interpretación de los tratados internacionales que han sido suscritos por los Estados, bajo los principios de voluntarismo y soberanía estatal.

Estos planteamientos, sin duda, ponen sobre la mesa, la necesidad de revisar la jerarquía de las fuentes del derecho internacional, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Si bien, por excelencia, los tratados internacionales siguen ubicándose como normas principales del derecho internacional, porque dan cuenta de la voluntad de los Estados en someterse a esas precisas regulaciones, no se puede desconocer el carácter estático de sus textos que, dadas las complejidades, cambios y evoluciones de la sociedad, requieren permanente revisión, actualización y precisión de su contenido (Martínez, 2019).

Así, en las dinámicas de producción de normas internacionales, se advierte que todos los tratados internacionales de derechos humanos tienen un órgano que vigila y supervisa el cumplimiento, de los mismos, por parte de los Estados. Por ejemplo, en el ámbito universal regido por la Organización de las Naciones Unidas, cada tratado internacional crea un Comité que, mediante la técnica de las observaciones, determina el contenido y alcance de cada derecho, en relación con las correlativas obligaciones a cargo del Estado y las actualiza conforme a las necesidades, en constante cambio, de las sociedades (Pizarro & Méndez).

Por su parte, en el escenario regional, existen tres sistemas: el europeo, el interamericano y el africano. Los Tribunales que conforman cada uno de estos sistemas, emiten sentencias en las cuales se declara la existencia de un hecho ilícito internacional y, como consecuencia, ordenan la reparación

integral. Para decretar la configuración de un hecho ilícito internacional; esto es, para determinar si un Estado ha violado alguna de las obligaciones que ha adquirido en materia de respeto, protección y garantía de los derechos humanos contenidos en normas convencionales, los Tribunales identifican las interpretaciones autorizadas sobre el contenido y alcance de cada derecho y el contenido y alcance de las correlativas obligaciones para el Estado, frente a ellos, en materia de respeto, protección y garantía (Sánchez, Campos & Fuentes, 2019).

En esta línea Herdegen (2005) reconoce que en la labor de los Tribunales Regionales puede estar o no contenida una regla de derecho consuetudinario; en otras palabras, la función contenciosa frente a cada país permite consolidar sí sobre un determinado tema, existe o no costumbre internacional, siendo ésta obligatoria para los Estados al mismo nivel de los tratados internacionales.

Para Del Toro (2006) y Fastenrath (1993) la jurisprudencia de los Tribunales Regionales juega un papel trascendental en la formación del derecho internacional, a veces, la jurisprudencia y las opiniones consultivas ofrecen mejores soluciones, que aquellas que disipan los tratados internacionales, porque refleja un mayor consenso de la comunidad internacional y permite llenar alguna laguna o establecer criterios de interpretación, conforme a las expectativas de comportamiento según la materialización del principio de buena fe.

Al igual que Baxter (1980), los mencionados autores concluyen que, el proceso de creación de derechos y obligaciones internacionales reposa en el consentimiento o en el consenso de los Estados, por lo que existe una infinita variedad de manifestaciones del derecho internacional, que no se constriñe al texto el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Dentro de esta infinita variedad de manifestaciones del derecho internacional, se encuentra la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuyos efectos en el derecho doméstico, es decir, en las regulaciones entre el Estado y los habitantes de un territorio, han sido abordados de diversas maneras.

Una primera teoría, determina que tienen un valor, aunque relevante, es apenas hermenéutico; por tanto, carece de efectos jurídicos obligatorios en el orden jurídico interno, salvo que el Estado colombiano sea parte en un proceso de responsabilidad internacional, evento en el cual, al ser los efectos *inter partes*, si le resultan vinculantes dichas decisiones judiciales.

Esta teoría, que ha sido adoptada por la Corte Constitucional colombiana (C-370, 2006; C-715, 2012; C-111, 2019), se ubica en los postulados tradicionales del Derecho Internacional Público que establece que la jurisprudencia interamericana es, apenas, una fuente auxiliar de interpretación de tratados internacionales, de manera que no se ubica por encima de la norma constitucional, ni tiene naturaleza supranacional.

Una segunda teoría reconoce efectos obligatorios a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ha sido el propio Tribunal Regional el que ha establecido los efectos vinculantes de sus decisiones en el poder judicial de los Estados, bajo el concepto del control de convencionalidad. Para la Corte Interamericana, los jueces y tribunales nacionales de un Estado que ha suscrito y, con ello, aceptado la Convención Americana, tienen el deber de verificar la compatibilidad de las normas internas, que sirven para la solución de un caso, en relación con los tratados internacionales sobre DDHH que ha ratificado el Estado.

Sin embargo, la Corte Interamericana ha precisado que, dicha labor de verificación no se agota en el tratado mismo. Para efectos de estudiar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana, el poder judicial del Estado, debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pues las interpretaciones que ésta hace de las normas convencionales, tienen la misma entidad y naturaleza que las cláusulas contenidas en éstas (Caso Almonacid Arellano Vs Perú, 2006) (Caso Cantuta Vs Perú, 2006) (Caso Boyce y otros Vs Barbados, 2007).

En esta línea O'Donnell (1989) y Hitters (1999), sin hacer referencia a la figura del control de convencionalidad, han establecido que no solo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino también las recomendaciones de la Comisión Interamericana, son obligatorias para los Estados que han suscrito la Convención Americana, teniendo en cuenta que la norma

convencional es un documento de textura abierta que necesita ser llenado de contenido por el sistema que ella misma creó.

En igual sentido, Carmona (2011) expresa que la jurisprudencia interamericana:

“constituye la interpretación oficial y, en ciertas hipótesis, la de carácter último o definitivo, acerca de las disposiciones de un tratado internacional de DDHH, de tal manera que el sentido y alcance de una disposición de este tipo están determinados conjuntamente por el texto que la expresa y por su interpretación; así, ambos conforman el estándar normativo cuyo cumplimiento puede ser exigido, y que debe ser observado por los Estados” (pág. 245).

García (2001) y Hitters (2008) aludiendo al concepto de control de convencionalidad destacan que las sentencias de la Corte Interamericana deben ser acatadas por la jurisdicción interna de los Estados, pues al decir de Gozáni (2008) éstos tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes, conforme al principio de buena fe que rige las relaciones internacionales; además, en palabras de Mijangos (s.f.) su obligatoriedad se desprende de la caracterización de este Tribunal como intérprete supremo en materia de DDHH y de la tendencia de acoger la interpretación más favorable a la persona humana (*pro homine*).

En relación con las implicaciones, para aquellos países que han consagrado un desarrollo distinto al decantado por el Sistema Interamericano, particularmente, en lo que atañe al art. 23.2 de la Convención Americana, García (2018) (2016), Arévalo (2016) y Parra (2017) explican que el precedente regional pretende nutrir el sentido de la protección de los derechos contemplados en el instrumento convencional, el cual, debe ser observado por los órdenes jurídicos internos, para que se pueda conformar un *ius commune* de los DDHH.

En este contexto, la jurisprudencia interamericana constituye el carácter viviente de instrumentos estáticos como la Convención Americana que, al realizar un trabajo hermenéutico, con base en los principios democráticos y *pro homine*, es obligatoria y vinculante para los Estados, que han aceptado su competencia, bajo la figura del control de convencionalidad. Lo anterior es así, en atención a las pautas que rigen la formación de los tratados internacionales; entre ellas, el principio de buena fe, a la luz del cual, si el Estado firma un tratado es porque tiene la voluntad de obligarse, conforme al efecto útil que representa el documento para la comunidad internacional (Olano, 2016).

Por ello, si los Estados incumplen los compromisos asumidos al firmar tratados internacionales, se genera para ellos, un proceso de responsabilidad por hecho ilícito internacional (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2015), lo que desembocaría en una condena encaminada a modificar o reformar las normas constitucionales contrarias a los objetos y

finalidades del *corpus iuris internacional*, concepto que abarca la jurisprudencia del Tribunal Regional (Caso la última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros Vs Chile), 2001)

Justamente, para la Corte Regional se configuran los presupuestos de la responsabilidad internacional, cuando los Estados que han firmado la Convención Americana incumplen algunas de sus disposiciones o las interpretaciones que ella ha realizado sobre las cláusulas convencionales, es decir, la inobservancia de la “norma convencional interpretada” (Caso Masacre de las Dos Erres Vs Guatemala, 2009) (Corte Interamericana, 2014).

Una de las posiciones ampliamente aceptadas, hoy en día, refiere que, son los Estados, los que, luego de suscribir un tratado internacional, determinan la manera cómo en el derecho interno van a cumplir sus obligaciones y, por esta vía, se ha considerado que, en últimas, la eficacia del derecho internacional en los contextos domésticos, depende del diseño del modelo constitucional de los Estados. Bajo este postulado, los tratados internacionales requieren su transformación en el derecho interno (Ferdinandusse, 2006).

No se descarta que la eficacia de la jurisprudencia interamericana depende del nivel de aplicabilidad que le otorguen los Estados en sus ámbitos locales. No obstante, no es menos cierto que, si el Estado firmó un tratado y, con tal acto, aceptó una serie de obligaciones en relación con su cumplimiento

y aceptó acatarlo de buena fe y, a la postre, no lo cumple, podría verse involucrado en un juicio de responsabilidad internacional, en virtud del cual, resultaría, indefectiblemente sancionado.

Sobre el particular, Gialdino (2017) alude a las dificultades que enfrentan los ordenamientos jurídicos domésticos, con respecto a la eficacia del precedente interamericano en dichos escenarios, por lo que, son importantes los procesos de responsabilidad internacional, en aquellos casos en los cuales, los Estados luego de haber suscrito la Convención Americana, no adecúan las disposiciones de derecho interno, conforme a los compromisos asumidos en el escenario regional; obligaciones cuyo alcance es decantado por el órgano autoritativo encargado de interpretar el texto convencional; esto es, la Corte Interamericana.

Ahora bien, descendiendo al tema objeto de esta investigación, es menester indicar que, el Estado colombiano hace parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana. En efecto, la firma del instrumento convencional tuvo lugar el 22 de noviembre de 1969 y el 28 de mayo de 1973 se hizo la ratificación. A su turno, el 30 de diciembre de 1972, el Congreso de la República promulgó la Ley 16 *“Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969”*.

Luego, ya para el el 21 de junio de 1985, el Estado colombiano presentó un instrumento de aceptación, por el cual, reconoció la competencia de la Comisión Interamericana “*por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno*”.

El mismo instrumento reconoció la competencia de la Corte Interamericana “*por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno*”.

De acuerdo a lo anterior, y en atención a lo establecido en los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, desde el 28 de mayo de 1973, el Estado colombiano adquirió las siguientes obligaciones: (i) respetar los derechos y libertades contemplados en dicho instrumento y a garantizar su libre y pleno ejercicio, sin ningún tipo de discriminación; (ii) adoptar con arreglo a sus procedimientos internos, medidas de cualquier tipo para hacer efectivos tales derechos.

Si se leen estos deberes, a la luz de las reglas que gobiernan la formación de los tratados internacionales, contenidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, particularmente, los arts. 26 y 27, el Estado colombiano, al suscribir la Convención Americana se comprometió a cumplir, de buena fe, las obligaciones en ella contenidas y a no invocar disposiciones de su derecho interno para justificar un eventual incumplimiento.

Además, resulta trascendental revisar los términos, en virtud de los cuales, el Estado Colombiano aceptó la competencia de la Corte Interamericana; esto es, (i) para hechos posteriores al 21 de junio de 1985; (ii) para la interpretación o aplicación de la Convención Americana; (iii) por tiempo indefinido y, (iv) reservándose el derecho de hacer cesar la competencia cuando lo considere oportuno.

En la línea argumentativa, de lo que se ha venido expresando, y en atención a que la eficacia de las normas internacionales, la determinan los Estados, es decir, su nivel de aplicabilidad, conforme a sus expectativas internas, es necesario hacer notar que la competencia otorgada por el Estado colombiano a la Corte Interamericana no sólo se concedió para la interpretación de la Convención Americana, sino también y de manera relevante, para su aplicación. Significa lo anterior, que el Estado colombiano consintió en reconocer efectos jurídicos a las producciones jurisprudenciales

de la Corte Interamericana, no sólo, se reitera, como parámetro de interpretación de la Convención Americana, sino, además, como herramienta para determinar la manera cómo debe aplicarse dicho texto en el orden jurídico interno.

Estas disquisiciones no pueden pasar por alto que, en el momento, en el cual, el Estado colombiano acepta la competencia de la Corte Interamericana, regía en el país, la legendaria Constitución Política de 1886 que, ninguna alusión hizo a los tratados internacionales sobre derechos humanos y los efectos de éstos, en el ordenamiento jurídico interno y que, al decir de la doctrina nacional, ello se explica porque operaba la teoría dualista en la relación entre el derecho internacional en el derecho interno (Monroy, 2018) (Gaviria, 2005).

En virtud de dicho dualismo, cada una de estas áreas, se veía y estudiaba de manera separada y diferente, en cuanto a escenarios de regulación y sujetos destinatarios. Así, mientras el derecho internacional gobernaba relaciones de pares (Estados), el derecho interno lo hacía en el marco de la sujeción (Estado e individuos); de esta manera, se entendió que una norma de derecho internacional no tenía el poder o la aptitud para ser aplicada en el derecho interno, de modo que fuera autoexigible (Monroy, 2018).

Dicha situación estuvo acompañada de la ausencia de un proyecto político y jurídico sobre DDHH en el país; la Constitución de 1886 no tuvo ni un catálogo de derechos humanos, ni mecanismos que los hicieran exigibles; asimismo, no fue un texto político que se preciara de contener cláusulas que defendieran su primacía y, por esta vía, tampoco había una defensa de lo que ella escasamente contenía. Por eso, es que resulta paradójico que, haya sido en su vigencia, que más tratados internacionales de DDHH haya firmado el Estado, porque la concepción de su riguroso cumplimiento era ausente (López & Sánchez, 2008).

El panorama descrito cambió con la Constitución de 1991. Como un verdadero texto político y democrático, la norma fundamental consagró una serie de cláusulas que ponen en evidencia la seria voluntad del constituyente de ampliar, optimizar y maximizar la protección de los DDHH en el país, en una definida relación entre el derecho internacional y el derecho interno, otorgándole, a aquel, la capacidad y aptitud para ingresar en este, con una diáfana fuerza vinculante del nivel de la norma fundamental y con mecanismos que los hacen exigibles y que pueden ser defendidos por la misma supremacía constitucional.

Así pues, la primacía de los derechos inalienables de los individuos (art. 5) sería defendida por la supremacía de la Constitución Política, como norma de normas dentro del territorio (art. 4). A su vez, el entendimiento de ésta, no

se reduciría al texto formal de la Carta, sino, a partir de su contenido material; esto es, conformada por la eficacia de los principios y valores constitucionales (art. 2); un amplio catálogo de derechos; mecanismos que conducen a su exigibilidad (arts. 83 y ss) y los tratados internacionales sobre derechos humanos, aprobados por el Congreso (art. 93).

Asimismo, la Asamblea Nacional Constituyente fue más allá, pues consagró la dignidad humana como principio fundante del ordenamiento jurídico, social y político (art. 1) y, en este ámbito, reconoció y garantizó la protección de aquellos derechos que, no hubiesen sido establecidos ni en la Constitución ni en los instrumentos internacionales, pero que fueran inherentes a la dignidad humana (art. 94).

Por ello, resulta lógico que, la propia Constitución haya establecido un modelo de incorporación y armonización de las normas internacionales en el ámbito doméstico, al exigir que los derechos y deberes *“se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*, tal como se lee en el inciso segundo del artículo 93.

De esta manera, se puede afirmar que, si en 1985 el Estado colombiano aceptó la competencia de la Corte Interamericana, en el ámbito de la interpretación y, también, de la aplicación de la Convención Americana y, luego, en 1991, la norma política fundamental del Estado colombiano les otorga carácter obligatorio y vinculante a los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Estado Colombiano, a la par de otras

cláusulas, como la de prevalencia de los derechos, la eficacia de los principios constitucionales, el reconocimiento de la dignidad humana como base fundamentadora del Estado y, con fundamento en ésta, la garantía de los derechos donde la misma es inherente, no se duda que, el nuevo modelo de Estado vigente desde 1991, lo que hizo fue incorporar y armonizar las mejores herramientas y mecanismos tendientes a la optimización o maximización de los derechos de los habitantes dentro del territorio.

Dicho de otra manera, se muestra cómo, los tratados internacionales sobre derechos humanos que, en la Constitución Política de 1886, se veían ajenos a las regulaciones de las relaciones entre el Estado y los individuos, ahora, en vigencia de la Constitución Política de 1991, son ejecutables por sí mismos, es decir, tienen la aptitud para ser exigidos por los individuos, a efectos, de que con base en ellos, las autoridades del Estado puedan decantar y establecer el contenido y alcance de cada derecho, en cualquier actuación que implique la activación de la jurisdicción.

En el contexto anterior, y para efectos de solventar la aparente contradicción, entre el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 4 y la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos consagrada en el artículo 93, la Corte Constitucional, desde muy temprana jurisprudencia trató el concepto de bloque de constitucionalidad, para expresar que, tales tratados harían parte integrante del texto de la

Constitución y, con ella, conformarían un bloque normativo *strictu sensu* que debe ser acatado por todas las ramas del poder público, en el propósito de instituir la fundamentabilidad de los derechos (Martínez, 2019).

“En este sentido, la noción “bloque de constitucionalidad” pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales” (C-067, 2003).

Así las cosas, era claro que los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Estado colombiano tendrían nivel constitucional y podrían ser defendidos por la vía de la supremacía constitucional que, instituía a la Constitución como norma de normas. Esto, de entrada, sugería que, si ya se había avanzado hacia a la incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno, lo siguiente era, otorgarle, igual valor superior a la jurisprudencia interamericana.

Lo anterior, en razón a que el Estado colombiano aceptó la competencia de la Corte Interamericana en 1985 que, como se vio, no sólo se hizo para efectos de interpretar la Convención Americana, sino con el propósito de establecer la manera cómo, la misma debía ser aplicada en el ámbito doméstico. Esto resultaba apenas lógico, en el sentido, que es la Corte Interamericana el órgano autoritativo encargado de establecer el contenido y alcance de cada derecho contenido en dicho instrumento internacional.

Asimismo, la determinación e identificación de los linderos de las correlativas obligaciones que surgen para los Estados suscriptores de la Convención Americana, los determina la Corte Interamericana, pues el instrumento internacional, según las voces del artículo 1.1 y 2, sólo se limita a indicar que los Estados *“se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”* y a *“adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*.

Sin embargo, es claro que la norma convencional no precisa ¿Cómo deben los Estados cumplir esas obligaciones de respeto y garantía? ¿Qué alcance debe otorgársele a cada derecho? ¿Si las cláusulas de garantía previstas en cada derecho son taxativas o meramente enunciativas? Esto permite afirmar que los textos internacionales de naturaleza convencional necesitan ser precisados por un órgano autoritativo, dada su textura abierta y su esencia estática y, en este caso, tal función le corresponde a la Corte Interamericana, con el argumento adicional de que el Estado colombiano, aceptó su competencia en este sentido (Suárez, 2015).

Así pues, descendiendo al tema objeto de estudio, se tiene que el artículo 23 de la Convención Americana establece los derechos políticos y las posibilidades de limitación. En relación con estas últimas indica que *“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**”*. (Subrayas no originales)

Como puede verse, el sentido literal de la disposición es claro, en la medida que con las expresiones “exclusivamente” y “condena, por juez competente, en proceso penal”, se excluyen otras posibilidades de limitación de los derechos políticos; entre ellas, que la restricción de tales derechos pueda hacerse por un funcionario de la administración que no ostente la función jurisdiccional y cuyas decisiones no sean sentencias.

Se debe recordar que así lo estableció la Corte Interamericana en el fallo de responsabilidad del caso Petro Vs Colombia:

*“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”.

Es notorio que en los procesos de incorporación y armonización del derecho internacional de los derechos humanos existe un margen de apreciación por parte de los Estados, pues como se vio, son éstos últimos, los que, mediante sus andamiajes constitucionales les otorgan valor a dichas producciones normativas. Sin embargo, ese margen de apreciación no puede ir en contra de los estrictos límites de los compromisos adquiridos.

En relación con el art. 23.2 de la Convención Americana, el Estado colombiano no hizo ningún tipo de reserva y hasta el momento no le ha retirado, a la Corte Interamericana, la competencia contenciosa para juzgar escenarios de violación a los derechos que el Estado se obligó a cumplir. De manera que, en dicho margen de apreciación lo que el Estado puede hacer es emitir sus leyes que *como mínimo* acaten lo estatuido en el art. 23.2 comentado. Así las cosas, en vista de que, la destitución de un servidor público elegido por voto popular, implica la limitación de sus derechos políticos, la misma sólo procede en razón a una condena, por juez competente, dictada en un proceso penal.

Ahora bien, también se ha visto cómo en el ordenamiento jurídico colombiano, desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la Procuraduría ostenta la facultad para *“Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, **inclusive las de elección popular**; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”* (Const. 1991, art. 277) y, en este contexto, está facultada para *“**Desvincular del cargo**, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: 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”* (Const., 1991, art. 278).
Negrillas y cursiva no original.

También se dejó sentado que, estas potestades fueron desarrolladas en la Ley 734 de 2002 y, por tanto, en Colombia, el procedimiento administrativo sancionatorio es una de las vías mediante las cuales, se pueden

limitar los derechos políticos del servidor público de elección popular, en virtud de la conclusión de un proceso disciplinario, que termina con su destitución.

En este panorama, y conforme a la línea argumentativa sostenida, el Estado colombiano, viola el art. 23. 2 de la Convención Americana en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento convencional, pues avala la facultad de que un órgano administrativo, no penal y que, tampoco, ostenta el poder jurisdiccional, limite los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. Dicha violación a la norma convencional fue, justamente, documentada por la Corte Interamericana en el caso Gustavo Petro Urrego Vs Colombia en la sentencia del 8 de julio del 2020.

Sobre los alcances de las sentencias de la Corte Interamericana en el ordenamiento jurídico doméstico colombiano, es necesario indicar que, la Corte Constitucional ha diferenciado dos niveles de eficacia. Por un lado, ha indicado que la jurisprudencia interamericana es obligatoria y vinculante y, por tanto, sujeta a las tres ramas del poder público si, la misma, es dictada dentro de un proceso de responsabilidad, en el cual, el Estado Colombiano sea parte del litigio (C-327, 2016). Por el otro, si en dicha jurisprudencia, el Estado Colombiano, no es parte en el respectivo litigio, la misma sólo sirve como criterio hermenéutico de interpretación (C-370, 2006), sin que, en todo caso, juegue un papel supranacional; esta última, es la posición generalizada.

“20. Así las cosas, el primer parámetro se refiere a los deberes que se desprenden directamente de las obligaciones del tratado o convención de derechos humanos de los que Colombia hace parte. Por lo tanto, por ejemplo, cuando la Corte se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos entiende que el respeto, protección y garantía de los derechos y obligaciones que reconoce son de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano. Así, el valor vinculante o no de los efectos de un pronunciamiento de derecho internacional está supeditado a lo que establece el mismo tratado sobre el carácter de éstos. En general, este tipo de decisiones comprenden: i) **las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resuelven asuntos contra Colombia, cuyos fallos como órgano judicial frente al que se ha reconocido y otorgado competencia son vinculantes (...).**

21. El segundo parámetro se refiere **a la jurisprudencia, en general**, de los órganos judiciales y cuasi judiciales que monitorean tratados de derechos humanos de los que Colombia hace parte y a las recomendaciones generales sobre la interpretación de un derecho o una obligación del Estado. La jurisprudencia constitucional no ha hecho una diferencia para otorgar un mayor o menor valor en su interpretación de los derechos fundamentales según el órgano o el tipo de pronunciamiento. Es decir, en la interpretación de los derechos fundamentales, la Corte ha utilizado sin distinción precedentes de la Corte IDH, los comités de monitoreo de tratados de Naciones Unidas, así como sus recomendaciones generales. **De esta manera, se puede concluir que hasta el momento, para esta Corporación la relevancia del criterio hermenéutico** se desprende del hecho de que los pronunciamientos

sean emitidos por el órgano encargado de monitorear el cumplimiento del convenio internacional (...)

*22. Ahora bien, en relación con este segundo grupo de decisiones, la jurisprudencia no ha sido uniforme en establecer si tienen un carácter vinculante o relevante para la interpretación. De forma constante ha dicho que esta doctrina constituye un **criterio relevante de interpretación**. No obstante, también ha dicho en algunas oportunidades que una decisión que interpreta el alcance de una disposición que hace parte del bloque de constitucionalidad **es vinculante**, pero el criterio generalizado y reiterado es el primero. (C-327, 2016)*

En el caso sometido a estudio; esto es, la sentencia de la Corte Interamericana del 8 de julio de 2020, en efecto, estuvo involucrado y fue sancionado el Estado colombiano, por encontrarse responsable de la violación al art. 23.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 2 de la misma norma convencional. Uno de los puntos resolutive de la providencia, y a modo de reparación, como garantía de no repetición, se ordenó al Estado a que, en un plazo razonable, modifique el ordenamiento jurídico interno, conforme a las reglas de interpretación jurisprudencial decantadas en los párrafos 111 a 117 del fallo referido, las cuales se sintetizan a continuación:

(i) Los arts. 277.6 y 278 de la Constitución Política de 1991 admiten una interpretación que resulta acorde con las obligaciones adquiridas

por el Estado colombiano al suscribir la Convención Americana. En efecto, dichas normas son convencionales y no requieren modificación, siempre que se entienda que las mismas, única y exclusivamente facultan a la Procuraduría a ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive las de elección popular; empero respecto de éstos últimos, la potestad de vigilancia no abarca la de destitución.

(ii) Por ello, las previsiones normativas contenidas en los arts. 44 y 45 del Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) que facultan a la Procuraduría para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, son contrarias al art. 23.2 de la Convención Americana “*y al objeto y fin de la Convención*”.

(iii) De ahí que, en atención a los deberes contenidos en el art. 2 de la Convención Americana, teniendo en cuenta que el Estado colombiano suscribió y aprobó dicho instrumento convencional y reconoció la competencia de la Corte Interamericana desde 1985 y en vista de que la propia Corte Constitucional ha reconocido efectos obligatorios y vinculantes al precedente interamericano, cuando el Estado Colombiano es parte en un litigio internacional, es dable concluir que, con ocasión de la sentencia del 8 de julio de 2020, el Estado Colombiano debió empezar a adecuar la ley colombiana para que resultara acorde con las estrictas posibilidades de limitación a los derechos políticos previstas en el art. 23.2 de la Convención Americana, esto

es, que la destitución e inhabilidad general de un servidor público elegido por el pueblo, sólo procede por condena de un juez penal en un proceso penal.

“En relación con los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Convención, el deber de adecuar el derecho interno implica que las normas que prevén restricciones a los derechos políticos –o que facultan autoridades para su imposición- deben ajustarse a lo previsto en el artículo 23.2 del mismo instrumento (supra párrs. 90 al 98). Asimismo, respecto a la adopción de dichas prácticas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad (supra párrs. 103 y 107)” (Caso Petro Urrego Vs. Colombia).

Significa lo anterior, que las obligaciones contenidas en el art. 23.2 de la Convención Americana, en relación con la promoción, el respeto, la protección y garantía de los derechos políticos ahí contemplados, deben ser cumplidos de buena fe, esto es, conforme al efecto útil de las normas convencionales.

Como se vio, dicho efecto útil en el caso de la cláusula contenida en el art. 23.2 de la Convención Americana, no es otro distinto que materializar el principio democrático y el pluralismo político; de ahí se desprende la exigencia de que sea un juez penal el que decida la limitación o restricción de tales derechos, pues, por un lado, el poder judicial goza de independencia e imparcialidad y, por el otro, las garantías de un juicio justo, son estrictamente observadas en el escenario penal; entre ellas, las amplias posibilidades para

la defensa, la reserva judicial en la limitación de derechos fundamentales del investigado, la estricta legalidad y controversia de la prueba y las facultades de impugnación.

Es necesario recordar que tales salvaguardas se erigen para garantizar los derechos políticos del servidor público elegido por voto popular y, de manera primordial, los que le asisten a los miembros del conglomerado social que eligió a ese representante. Aquí se suma la importancia histórica del sufragio como un mecanismo de soberanía popular que fortalece la tridivisión de poderes, solidifica el sistema de pesos y contrapesos y evita la tiranía y la arbitrariedad.

Lo propio era que el Estado colombiano, modificará las facultades de la Procuraduría, en el sentido de desprenderla de la potestad de destituir e inhabilitar a los servidores públicos elegidos por voto popular y garantizar la reserva judicial en la materia. Sin embargo, el 25 de marzo de 2021 la Procuraduría radicó en el Senado de la República un proyecto de ley que pretendía modificar el art. 2 del Código Disciplinario atribuyéndole facultades jurisdiccionales al Ministerio Público; esto es, revistiéndolo de la calidad de juez para la vigilancia disciplinaria de los servidores públicos, incluyendo los de elección popular, en cuyo marco podría imponer sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad; previendo las etapas de instrucción y juzgamiento

con funcionarios diferentes, así como la doble instancia y la doble conformidad (Ámbito Jurídico, 2021).

Este proyecto de ley, concluyó con la expedición de la Ley 2094 de 2021 que le atribuye facultades jurisdiccionales a la Procuraduría en la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, incluidos aquellos elegidos por voto popular, en virtud de lo cual, puede imponer la destitución como sanción. Asimismo, esta normatividad supedita *la ejecución de la sanción* a lo que decida la jurisdicción contencioso administrativa cuando se demande el acto administrativo emitido por la Procuraduría.

Como colofón de lo expuesto puede advertirse que la Ley 2094 de 2021, no soluciona de fondo las problemáticas advertidas en esta investigación ya que, a pesar de otorgársele facultades jurisdiccionales a la Procuraduría y trasladarse al procedimiento disciplinario algunas garantías del proceso penal (como la doble instancia y la separación de funciones de la investigación y el juzgamiento en funcionarios distintos), el Ministerio Público no es un juez penal y ni la investigación, ni el juzgamiento se hacen dentro de un proceso penal.

La continuación de las violaciones al art. 23.2 de la Convención Americana y la transgresión a la garantía de no repetición, por parte del Estado colombiano son evidentes. Pese a las modificaciones introducidas por la Ley 2094 de 2021, la Procuraduría sigue teniendo la potestad de imponer la

destitución y la inhabilidad como restricciones a los derechos políticos, cuando es claro que en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Petro Urrego se condenó al Estado Colombiano a modificar el Código Único Disciplinario, en el sentido de despojar a la Procuraduría de la facultad de destituir e inhabilitar, quedando limitada, únicamente, para ejercer la vigilancia de la conducta de los servidores públicos.

Por ello, a continuación, se plantean los argumentos a partir de los cuales, se fundamenta la obligatoriedad del precedente interamericano en relación con el art. 23.2 de la Convención Americana, los efectos de su incorporación en el derecho doméstico y la manera en la que los anteriores análisis inciden en la configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, para la procedencia de la anulación del acto administrativo emanado por la Procuraduría que decide la destitución de un servidor público de elección popular.

**CAPITULO III. PROPUESTA PARA CONFIGURAR LAS CAUSALES DE
“FUNCIONARIO SIN COMPETENCIA” Y “VIOLACIÓN DE UNA NORMA
SUPERIOR”, CON FUNDAMENTO EN EL PRECEDENTE
INTERAMERICANO, PARA HACER PROCEDENTE EL MEDIO DE
CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN
CONTRA DEL FALLO EMANADO POR LA PROCURADURÍA QUE
DESTITUYE A SERVIDORES PÚBLICOS ELEGIDOS POR VOTO**

POPULAR.

Este capítulo condensa los fundamentos constitucionales e internacionales que permiten configurar las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en la Ley 1437 de 2011, a la luz del precedente interamericano en torno al art. 23.2 de la Convención Americana. Para ello, es necesario, demostrar su naturaleza obligatoria y vinculante para el Estado Colombiano; luego, la manera en la que, su incorporación y armonización en el ámbito doméstico respalda la voluntad del Estado Colombiano de cumplir y someterse a la Convención Americana y a la jurisprudencia interamericana como norma superior y, finalmente, cuál es la configuración de las causas enunciadas para hacer procedente el medio de control estudiado y viabilizar la nulidad del fallo emitido por la Procuraduría que decide la destitución e inhabilidad de un servidor público elegido por voto popular.

3.1. Obligatoriedad del precedente interamericano (figura del control de convencionalidad).

El control de convencionalidad podría definirse como la obligación que tienen todas las autoridades de un Estado, que ha suscrito la Convención Americana y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte

Interamericana, de controlar, vigilar, supervisar y garantizar, que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, sean respetados conforme a los estándares de protección definidos en la Convención Americana y en la jurisprudencia interamericana, como órgano autoritativo para definir el contenido y alcance de cada una de las cláusulas, derechos y correlativos deberes establecidos en aquella (Martínez, 2019).

En esta labor que, se reitera, corresponde a todas las autoridades del Estado, en el marco de sus competencias y de los rituales establecidos en el derecho interno, no se puede mermar, reducir o flexibilizar el objeto y fin, con los cuales, fue creada la norma convencional, en vista de que, como se vio en el capítulo precedente, una vez, el Estado suscribe un tratado internacional debe acatarlo de buena fe, esto es, conforme a su efecto útil (Mejía; Becerra & Flores, 2016).

Así pues, el poder judicial o la administración de justicia de un país, hace parte de esas autoridades a quienes atañe la obligación de materializar el *corpus iuris interamericano* en los casos que deba resolver y en la proyección de la providencia que ponga fin al litigio, en el cual, se determine el alcance de un derecho. Con fundamento en el control de convencionalidad, el juez debe verificar que, las normas de derecho interno aplicables al caso resulten acordes con el efecto útil de las disposiciones de la Convención Americana (Quinche, 2009).

Esa tarea, sin embargo, no se limita a la comprobación de que las previsiones jurídicas del derecho interno sean acordes o conformes a las cláusulas estáticas de la Convención Americana. El quehacer judicial, para estos efectos, debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana que, mediante un proceso dinámico, va actualizando las obligaciones de los Estados, conforme a los avances democráticos de la organización de las naciones (Corte Interamericana, caso Almonacid Arellano Vs Chile, 2006).

Por ello, la Convención Americana, otros instrumentos del Sistema Interamericano, los pronunciamientos de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, deben ser utilizados por los jueces y tribunales nacionales, en el ejercicio del control de convencionalidad *ex officio*. Esto significa que, el juez, previo a aplicar las normas de derecho interno en la solución de un caso concreto, debe auscultar si, las mismas, materializan las obligaciones adquiridas por el Estado en materia de DDHH.

Si, por el contrario, la aplicación de una norma de derecho interno puede implicar la inobservancia de los instrumentos interamericanos y, de contera, un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado, al suscribir la Convención Americana y aceptar la competencia de la Corte Interamericana, el funcionario judicial está en la obligación de inaplicarla o realizar

interpretaciones sistemáticas e integradoras de dicha norma, a fin de que puedan ser compatibles con los instrumentos interamericanos y, con ello prevenir potenciales violaciones a los DDHH, según los estándares fijados en tales normativas regionales.

En ese proceso de selección de las normas aplicables, en el marco del control de convencionalidad, es el juez quien determina el nivel de eficacia del derecho internacional de los DDHH y, particularmente, de la Convención Americana, así como de la jurisprudencia que la interpreta; todo esto, en el ámbito del derecho interno. En este contexto, si las violaciones a los derechos ya han tenido ocurrencia, le corresponde a los jueces y tribunales nacionales, solucionar o corregir la inobservancia conforme a la Convención Americana y ceñido al contenido y alcance de los derechos y deberes ahí contenidos, consonante con las delimitaciones hechas por la Corte Interamericana en su jurisprudencia.

Puede suceder que, en el país de que se trate, los jueces y tribunales nacionales no realicen el control de convencionalidad *ex officio*, ya sea por la larga tradición de aplicar las leyes domésticas o porque desconocen la técnica de incorporación del derecho internacional y, concretamente, de la jurisprudencia interamericana en sus decisiones o, simplemente, porque los embarga el miedo de incurrir en un prevaricato, al dejar de aplicar una norma

del derecho nacional y, en su lugar, darle prevalencia a las normas del derecho regional.

Múltiples pueden ser los factores que lleven al juez nacional a inobservar la jurisprudencia interamericana, inclusive, por la errada creencia de que, bajo los principios de soberanía, Estado de Derecho y Supremacía Constitucional, en un país, única y exclusivamente rigen las previsiones normativas internas.

Sin embargo, en modelos constitucionales como el colombiano, se ha visto que es la propia norma fundamental del Estado, la que consagra cláusulas de recepción de tratados internacionales sobre DDHH, bajo mandatos, como el contenido en el art. 93.2 que ordena interpretar los derechos y deberes conforme a los tratados internacionales sobre DDHH; lo que refuerza la manifestación de la voluntad y soberanía hecha por el Estado, al momento de suscribir la Convención Americana y aceptar la competencia de la Corte Interamericana, sin hacer ningún tipo de reserva y por tiempo indeterminado.

En estos casos, el escenario regional juega un papel complementario o subsidiario. *Prima facie*, corresponde al juez nacional prevenir o remediar la violación a los derechos, que tengan lugar en el territorio de un país, brindando soluciones, ya sea, interpretando de manera integral la norma interna de manera armónica con la jurisprudencia interamericana o, dejando de emplear

la norma doméstica y, aplicando directamente la Convención Americana y el precedente interamericano; evento, este último, que tiene lugar, cuando la incompatibilidad y contrariedad entre las dos normas es evidente y no existe manera de lograr una fórmula de armonización. En este caso, no se activa la competencia del Sistema Interamericano, en vista de que el poder judicial del Estado ha remediado la violación a los derechos que ocurren en su territorio (Corte Interamericana, Caso Petro Urrego Vs Colombia, 2020).

Sin embargo, puede suceder que el juez o tribunal nacional no prevenga ni remedie la violación a los derechos de los habitantes, según el contenido y alcance de la Convención Americana y del precedente interamericano y, en su lugar, aplique una norma del derecho nacional que resulta contraria a los fines y efectos útiles del instrumento normativo convencional. Comoquiera que esta circunstancia representa un incumplimiento, por parte del Estado, de las obligaciones adquiridas al suscribir la Convención Americana y al aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y no se han dado las garantías fundamentales para el restablecimiento del derecho en el escenario doméstico, se activa la competencia del Sistema Interamericano, mediante una queja que deberá presentar el afectado ante la Comisión Interamericana que, luego de un trámite de intercambio de observaciones entre el Estado y el peticionario, puede, aquél resultar demandado ante la Corte Interamericana y sancionado por ésta (Martínez, 2019).

De acuerdo a lo anterior, es claro que el precedente interamericano es obligatorio y vinculante para los Estados de la Organización de Estados Americanos que, por un lado, han suscrito y aprobado la Convención Americana y, además, han aceptado la competencia de la Corte Interamericana, tanto en la interpretación como en la aplicación del instrumento regional de protección de DDHH. Ello es así, en la medida en la que, si el Estado no cumple con las obligaciones contenidas en la Convención Americana de acuerdo a los parámetros establecidos por el órgano encargado de definir su contenido (Corte Interamericana), incurriría en un hecho ilícito internacional que puede ser declarado en un litigio ante la Corte Interamericana y, en el cual, se ordenan medidas de reparación que el Estado debe, necesariamente, acatar (Aguiar, 1985).

Sobre el particular, es necesario recordar que el art. 68.1 de la Convención Americana establece que *“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*. Ahora bien, para que un Estado sea parte, se requiere que (i) haya suscrito la Convención Americana; (ii) haya aceptado la competencia de la Corte Interamericana y (iii) que, la Comisión Interamericana haya tramitado una queja contra ese Estado y éste haya incumplido el informe con recomendaciones emitido por aquella; lo anterior, conforme a los art. 61 y ss de la Convención Americana.

En los litigios, en los cuales, la Corte Interamericana declara la existencia de un hecho ilícito internacional, por el incumplimiento del Estado de las obligaciones contenidas en el art. 1 de la Convención Americana, el fallo de responsabilidad, impone deberes de reparación, dentro de las cuales, puede llegar a establecer el deber del Estado de adecuar el ordenamiento jurídico interno, a fin de hacerlo compatible con la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana, tal y como lo plantea el art. 2.1 del mismo instrumento.

Así pues, si bien es cierto, los Estados tienen un margen de apreciación para determinar la manera, bajo la cual, cumplen sus obligaciones adquiridas ante la comunidad internacional, con la suscripción de tratados, y que, en últimas, la eficacia del derecho internacional, depende de los modelos constitucionales de los Estados; esto es, de si estos, contemplan en sus normas fundacionales, cláusulas de incorporación y armonización de dichas previsiones jurídicas, no se puede desconocer que, si el Estado, luego de suscribir la Convención Americana y aceptar la competencia de la Corte Interamericana, desacata o inobserva alguno de esos deberes, la naturaleza coactiva de la jurisdicción interamericana se activa, bajo el carácter complementario del control de convencionalidad.

De acuerdo a lo expuesto, a quien corresponde, en primer lugar, hacer un control de convencionalidad *ex officio* es a las autoridades nacionales, de

cualquier rama del poder público, entre ellas, a los jueces y tribunales domésticos, por un lado, para prevenir la violación a los DDHH y, cuando ésta ya ha tenido ocurrencia, para que la misma sea remediada y el derecho del afectado sea restablecido. Empero, si en ese periplo, no se lleva a cabo el control de convencionalidad, el mismo le corresponde hacerlo a la Corte Interamericana de manera complementaria, en un juicio de responsabilidad en contra del Estado por hecho ilícito internacional, el cual, se configura por la violación, no solo de la Convención Americana, sino también, por el desconocimiento de la jurisprudencia interamericana encargada de interpretarla.

En suma, tal y como lo ha concluido la Corte Interamericana:

“un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional” (Caso Petro Urrego Vs Colombia, 2020)

En otras palabras, el carácter obligatorio y vinculante del precedente interamericano se desprende de la fuerza coactiva de las decisiones que adopta la Corte Interamericana, en los litigios por hecho ilícito internacional que, al declarar la responsabilidad del Estado por violación a los DDHH, le impone el deber de reparar y de adecuar el ordenamiento jurídico interno, en

el sentido de hacerlo compatible con los instrumentos del sistema regional que abordan la Convención Americana y su precedente.

Habiendo expuesto la obligatoriedad del precedente interamericano que establece el contenido y el alcance de los derechos consagrados en la Convención Americana, conforme al efecto útil de las cláusulas de dicho instrumento internacional y teniendo claridad de los efectos de su inobservancia, es necesario entrar al abordaje del precedente interamericano y su relación con el derecho nacional colombiano, en torno al art. 23.2 de la Convención Americana, que impone una única limitación de los derechos políticos del servidor público elegido por voto popular, a saber: la condena por un juez competente en un proceso penal; única vía para restringir tales derechos, en el ámbito de la destitución y la inhabilidad general.

3.2. Incorporación del precedente interamericano en el derecho interno en torno al art. 23.2 de la Convención Americana.

El art. 40 de la Constitución Política de 1991 garantiza el derecho de todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, entre otras actuaciones, a partir de las facultades de elegir y ser elegido. La Corte Constitucional, al interpretar el derecho político enunciado, ha manifestado que es un instrumento, mediante el cual, un ciudadano incide

en la estructura y el proceso político, de los cuales hace parte, a través del nombramiento de sus gobernantes en elecciones periódicas y competitivas.

Sin embargo, ha aclarado que, este derecho no se agota en el ejercicio del voto, sino que, además, contempla otras facultades inmersas en el concepto de democracia participativa, que le permitan tener mayor injerencia en el proceso de toma de decisiones en diversos escenarios públicos, más allá de la elección de sus gobernantes. (T-358, 2002) (T-066, 2015).

“Por lo tanto, es indispensable que existan mecanismos adecuados para permitir que, efectivamente la ciudadanía manifieste su opinión política, de tal modo que ésta sea tenida en cuenta por las autoridades públicas. De lo contrario, si no existen canales adecuados para que los ciudadanos puedan expresarse y garantizar la efectividad de su mandato, no será posible sostener el postulado de democracia participativa, pues su capacidad para tener injerencia sobre el gobierno seguirá limitada únicamente a la facultad para depositar su voto para elegir a sus gobernantes”. (SU-077, 2018)

En este orden de ideas, el derecho a elegir a los representantes de la nación, constituye la garantía indispensable para (i) la materialización de derechos subjetivos; entre ellos, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad como uno de los ámbitos de aplicación de la dignidad humana y, (ii) la concreción y efectividad de la democracia constitucional. De esta manera, la realización del derecho estudiado se vierte en la defensa de la Carta Política como norma fundante del Estado –principio de supremacía

constitucional (art. 4), principio democrático (art.1) y primacía de los derechos inalienables (art. 5) –.

Por estas razones, el derecho político de elegir y ser elegido es de naturaleza fundamental, en tanto “*constituye una esfera indispensable para la autodeterminación de la persona, el aseguramiento de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo*” (T-045, 1993) (T-1337, 2001) (C-329, 2003). Precisamente, en la dignidad humana, entendida como autonomía, se fundamenta el derecho político de elegir y, a partir de ella, se erige su fundamentabilidad, por ser inherente al ser humano (Picado, 2007).

El precedente constitucional ha reconocido, que la esencia *ius fundamental* del derecho a elegir y ser elegido, se desprende, además, de los tratados internacionales de DDHH aceptados por el Estado colombiano, mediante el proceso de aprobación y ratificación, cuya prevalencia en el orden jurídico interno se destaca en el art. 93 de la Carta Política de 1991 y que, junto con el texto constitucional, conforman un verdadero bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, que además de servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes, permite establecer el contenido y alcance de los derechos fundamentales, en materia de su exigibilidad en las relaciones entre el Estado y los individuos (T-1050, 2002) (SU-077, 2018).

Así pues, la Corte Constitucional ha recordado que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, son instrumentos

convencionales del derecho internacional, que han sido aprobados y ratificados por el Estado Colombiano y que tienen el mismo nivel de la Carta Política, para determinar la exigibilidad de los derechos políticos en el país y cuyo carácter vinculante puede ser defendido por el principio de supremacía constitucional.

El primero de ellos, regula el derecho a la participación democrática en el art. 25 literales a y b, que en concordancia con el art. 2 *ejusdem*, impone a los Estados suscriptores las obligaciones de respetar, proteger y garantizar la facultad de todos los ciudadanos de intervenir *“en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”* y la oportunidad 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”*. (Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 1966).

Por su parte, el art. 23 de la Convención Americana, consagra los derechos políticos, en similares términos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, agregando en el numeral 2, que la restricción o limitación de los mismos, únicamente puede darse *“por juez competente en proceso penal”* (Organización de Estados Americanos, 1969).

La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, al interpretar el alcance del art. 23 señalado, han establecido que la garantía efectiva del

derecho a elegir y ser elegido, lleva implícita la prohibición para el Estado de proceder a la destitución de funcionarios elegidos por voto popular, por parte de órganos administrativos y no judiciales o de carácter penal. (Caso Castañeda Gutman Vs. México, 2008) (Caso Leopoldo López Mendoza Vs. Venezuela, 2011) (Caso Petro Urrego Vs. Colombia, 2019).

En tal sentido, si bien la Convención Americana no impone a los Estados un sistema electoral concreto y específico, sí limita la potestad de interferir o restringir los derechos políticos, por las causales previstas taxativamente en el art. 23, numeral 2 de la misma norma convencional.

Para el caso concreto de la destitución de un funcionario que ha sido nombrado en virtud del sufragio popular, se requiere que la misma proceda como conclusión de un fallo condenatorio vertido en un proceso penal, que haya respetado las garantías de un juicio justo, a la luz de los arts. 8 y 9 de la misma normatividad; esto es, que sea tramitada por un juez independiente e imparcial, que se presuma la inocencia, con carácter estricto, de manera que corresponde al órgano de persecución penal, la carga de la prueba sobre la culpabilidad, con pruebas legalmente incorporadas y debidamente controvertidas, con el tratamiento favorable que ofrece el *in dubio pro reo* y que ante una duda razonable procede la absolución; que se garantice el derecho material y formal a una defensa técnica de confianza o gratuita (a su elección), que lo ampare la garantía de la no autoincriminación, que se le

respete el derecho a la impugnación del fallo condenatorio ante la jurisdicción, que sea protegido con el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo asunto y, finalmente, que su proceso sea tramitado conforme al principio de legalidad sustancial y procesal (Martínez, 2019).

De manera consecuente con lo planteado, ha sido la propio Corte Constitucional la que ha manifestado que, el Estado debe disponer de mecanismos que hagan efectivos los derechos políticos de elegir y ser elegido. En este escenario, no tendría sentido que, se le permita a un ciudadano ejercer el sufragio para elegir a su representante y que sea el mismo ordenamiento jurídico el que posibilite la destitución de dicho servidor, por un órgano que no fue elegido ni autorizado de manera democrática para tal función. En tal sentido, el máximo tribunal de justicia constitucional ha expresado:

“la configuración legislativa y reglamentaria debe estar estructurada de tal manera que el derecho respectivo pueda ejercerse de manera efectiva. En esa medida, resultaría contrario al principio de democracia participativa que el legislador o las autoridades administrativas impongan cargas desproporcionadas u obstáculos irrazonables, que de otra manera hagan nugatorio el ejercicio de sus derechos políticos. Estos obstáculos desincentivan la participación e impiden a la ciudadanía incidir sobre los procesos de toma de decisiones públicas. Además, estos obstáculos generan consecuencias indeseadas para el sano funcionamiento de una democracia, pues cuando la ciudadanía queda marginalizada de los procesos de toma de

decisiones los asuntos públicos suelen no ser debatidos suficientemente, lo cual puede llegar a hacerlos arbitrarios”. (T-066, 2015)

De lo expuesto, se avizora cómo, ha sido la propia Corte Constitucional la que ha establecido el carácter ius fundamental de los derechos políticos dentro del territorio y, en este contexto, ha acudido a los tratados internacionales sobre DDHH, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, a fin de reiterar su fundamentabilidad y expresar que las posibilidades de limitación están reguladas de manera estricta en el art. 23.2 de este último instrumento, de manera que sólo un juez penal puede decidir la destitución de un servidor público de elección popular.

Así pues, por ejemplo, en la sentencia T-066 de 2015, la Corte Constitucional trajo a colación el fallo interamericano en el caso Yatama Vs Nicaragua, para recordar que el numeral 2 del art. 23.2 de la Convención Americana era excluyente, en tal sentido, indicó:

“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. 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. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue". (T-066, 2015)*

En esa misma oportunidad, la Corte Constitucional acudió a la sentencia interamericana en el caso Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos para recordar que la Convención Americana en el art. 23.2, lo que hace es establecer “*un **contenido mínimo de los derechos políticos** y permite a los Estados que **dentro de los parámetros convencionales** regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales” (T-066, 2015) (negrillas e inclinado no original).*

De ahí que sí, para la Corte Constitucional, el art. 23.2 de la Convención Americana establece unas garantías mínimas para restringir los derechos políticos “dentro de los parámetros convencionales” y, en su jurisprudencia, acepta que estos resultan excluyentes de otras posibilidades de limitación, resulta lógico concluir que, para el Alto Tribunal de la Justicia Constitucional

ha sido claro que la destitución de un servidor público de elección popular, como una de las formas de limitar sus derechos políticos, sólo procede en virtud de una decisión del poder judicial penal, como conclusión de un proceso penal.

En lo que atañe a los derechos políticos, ha sido entonces, la propia Corte Constitucional la que ha incorporado y armonizado la Convención Americana al ordenamiento jurídico constitucional; primero al establecer que, el mencionado instrumento regional hace parte de la Carta Política de 1991, por la vía del bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, en virtud del cual, el tratado internacional ostenta la misma superioridad jerárquica y vinculante de la norma fundamental del Estado y dicha entidad puede ser defendida, bajo el principio de supremacía constitucional.

En segundo lugar, dicha incorporación del precedente interamericano a la norma constitucional colombiana, le ha permitido a la Corte Constitucional determinar la fundamentabilidad de los derechos políticos reconocidos en el art. 40 de la Carta Política, a la cual ha llegado por dos vías: (i) en virtud de los arts. 1 y 2 de la norma fundamental que permiten la armonización del precedente interamericano para fortalecer la eficacia de los principios constitucionales, particularmente, el de la democracia representativa como ideario fundamentador e identitario del actual modelo constitucional; y, (ii) el abordaje del precedente interamericano en la jurisprudencia constitucional, para establecer que, la naturaleza *ius fundamental* de los derechos políticos

contenidos en el art. 40, está dada por su contenido y, también por la restricción, para el Estado, en cuanto a sus posibilidades de limitación (T-469, 1992) (T-045, 1993) (T-1337, 2001) (C-329, 2003) (T-066, 2015).

Así las cosas, en este último escenario la incorporación y armonización del precedente interamericano a la norma constitucional colombiana, permite arribar a la conclusión de que el contenido de los derechos políticos, se refiere a la facultad, de los ciudadanos del territorio, de elegir y ser elegido y participar activamente en el ejercicio del control político y que las decisiones del conglomerado social sean tenidas en cuenta.

A su turno, la naturaleza fundamental del derecho a elegir a los representantes de una nación, sienta sus bases en la autonomía o autodeterminación de los individuos, quienes, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ejercen el sufragio y deciden quiénes serán sus representantes. Así pues, la fundamentabilidad emerge de la dignidad, en la medida en que uno de sus ámbitos de aplicación es el “derecho a vivir como se quiere”, esto es, de la autonomía y la autodeterminación.

Igualmente, los derechos políticos como derechos fundamentales son mandatos de optimización que ordenan realizar acciones positivas para lograr su más amplio despliegue dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 1993). Bajo este concepto es que, justamente, la Corte Constitucional

ha establecido que el Estado debe erradicar los obstáculos que hacen nugatorio el derecho a elegir, a participar en las decisiones políticas y a que los diversos requerimientos ciudadanos sean atendidos y tenidos en cuenta.

Así pues, cuando el Estado Colombiano ratificó la Convención Americana el 28 de mayo de 1973 y el 21 de junio de 1985 depositó en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el instrumento de aceptación de la competencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana y lo hizo no sólo en relación con la interpretación de la Convención Americana sino, además, frente a su aplicación, era innegable el deseo del país de generar aperturas normativas internas hacia la recepción del instrumento convencional a nivel interno con fuerza constitucional, para llenar de contenido y fortalecer la axiología del modelo constitucional.

Este argumento cobra especial relevancia para dar por sentado que, el haber suscrito la Convención Americana y aceptar la competencia de la Corte Interamericana en vías contenciosas, el Estado materializó sus derechos de soberanía y voluntarismo. Justamente, la piedra angular del derecho internacional es la decisión autónoma, libre y voluntaria de los Estados de concurrir hacia la adquisición de obligaciones ante una comunidad internacional (Herdegen, 2005). Esto significa que, si no es deseo del Estado someterse a particulares formas de regulación de la vida jurídica y política, simplemente, no debería suscribir instrumentos internacionales que, según su

naturaleza convencional o contractual, someten su margen de maniobra a estándares fijados por fuera de los límites geográficos de ese país con incidencia interna, es decir, con la obvia pretensión de regular las relaciones entre el Estado y los individuos.

De esta manera, se erige un contrasentido cuando el Estado de manera autónoma, soberana y voluntaria suscribe tratados internacionales, en los cuales, se compromete a cumplir una serie de deberes y, luego, incumple bajo el alegato de que, por ejemplo, la norma internacional no tiene la aptitud supranacional para regular las relaciones entre el Estado y los individuos y se otorga una esencia absoluta a las previsiones normativas del derecho interno, desconociendo las del derecho internacional. Aquí, sin lugar a dudas, surge el interrogante de ¿Por qué el Estado suscribió el tratado si, de antemano, tenía pretensiones de incumplir?

No debe olvidarse que la expresión *tratado* remite, para su comprensión, a otras más específicas de *trato, pacto, convenio o contrato* (Herdegen, 2005), de lo cual, se establece que se trata de acuerdo o concurrencia de voluntades con el propósito de hacer emerger efectos a los textos que las contengan. Las voluntades soberanas concurren con el objetivo de contraer deberes u obligaciones, por lo que, su naturaleza vinculante y obligatoria se desprende del *consenso* y no de la *imposición*.

El anterior presupuesto se desprende de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de la Convención de Viena de 1986 que regulan la obligatoriedad de los tratados internacionales para los Estados soberanos que libremente han decidido surtir el proceso de ratificación, mediante el aforismo *Pacta Sunt Servanda*, según el cual, los tratados son ley para las partes y deben ser cumplidos de buena fe; de manera que un Estado no puede alegar disposiciones de derecho interno, para justificar el incumplimiento de los instrumentos aceptados.

De acuerdo a lo expuesto, la única finalidad de manifestar una voluntad y plasmarla en un documento, es hacer que dicha voluntad sea respetada, no solo por el propio suscriptor, sino también por otras partes vinculadas a la relación negocial y por terceros que pueden ser ajenos a la conformación de ese vínculo, pero que, se benefician de los efectos que el mismo está llamado a cumplir en las relaciones jurídicas y políticas.

Además, existen otros criterios que permiten establecer con certeza la sujeción del Estado colombiano, al art. 23.2 de la Convención Americana y emergen del recorrido histórico, en el cual, ha estado inmersa esa manifestación de voluntad tendiente al respeto, protección y garantía de los derechos contemplados en la Convención Americana, alimentados por la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana, debido al expreso

reconocimiento y aceptación, por parte del Estado colombiano, de la competencia del órgano encargado de emitirla.

En este escenario, es menester acotar que existen maneras, mediante las cuales, se verifica la consolidación de esa voluntad de obligarse, las cuales se exponen enseguida:

En primer lugar, vale recordar que la voluntad soberana, surge con la suscripción de la Convención Americana con anterioridad al proceso de reforma constitucional de 1991. Al hacerlo, el Estado colombiano, no solo se comprometió a respetar el catálogo de derechos consignados en el instrumento regional, sino que, además, aceptó que debía adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En segundo lugar, con la aceptación, por parte del Estado colombiano, de la competencia de la Corte Interamericana, la voluntad se encaminó a cumplir los derechos contemplados en la Convención Americana, según los contenidos, alcances, límites y contornos dados por la jurisprudencia interamericana respecto de cada cláusula convencional. Este argumento se refuerza en tres vías: la primera, con el hecho de que la aceptación de competencia se hizo no sólo en materia de interpretación de la Convención,

sino, además, respecto de su aplicación. La segunda, tiene relación con la temporalidad, bajo la cual, el Estado aceptó dicha competencia; esto es, de manera indefinida y reservándose la facultad de retirar la mencionada competencia en cualquier momento; de ahí que, si hasta el momento no ha tomado la decisión de retirar la facultad otorgada a la Corte Interamericana, es porque quiere continuar en el ámbito de la sujeción y el cumplimiento de sus deberes, tal y como han sido diseñadas por el órgano autoritativo encargado de decantarlos. La tercera, tiene origen convencional, pues el art. 68.1 de la Convención Americana establece que *“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*, de lo cual, surge una manifestación expresa de voluntad de reconocer efectos obligatorios y vinculantes a los fallos de la Corte Interamericana, cuando el Estado sea parte.

El tercer argumento que permite verificar la consolidación de la voluntad del Estado colombiano, en torno al cumplimiento estricto de lo normado en el art. 23.2 de la Convención Americana, atañe al modelo constitucional adoptado en 1991, por la Asamblea Nacional Constituyente, que bajo el principio de soberanía popular, quiso otorgarle efectos obligatorios y vinculantes a los tratados internacionales sobre derechos humanos y, para ello, redactó cláusulas constitucionales que permitirían la incorporación y armonización de dichas normativas al ordenamiento jurídico interno. Dichas cláusulas están contenidas en los arts. 53, 93, 94 y 214; figura que, años

después, la Corte Constitucional denominó bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, bajo la cual, reconoció entidad constitucional –y, por tanto, naturaleza obligatoria y vinculante– a los tratados internacionales de DDHH ratificados por el Estado Colombiano (C-042, 2017).

El cuarto argumento gira en torno, a la manera cómo, la jurisprudencia constitucional ha moldeado la eficacia de la Convención Americana y del precedente interamericano, en general, y, en particular, frente al art. 23.2 que se viene estudiando. Si bien es cierto, de manera genérica se ha dicho que, la Convención Americana debe integrarse al texto constitucional y el operador jurídico debe lograr una amalgama entre esta y la norma fundamental del Estado (lo que podría activar su inaplicabilidad en eventos particulares), en lo que atañe a los límites establecidos en el art. 23.2 ha sido conteste y contundente en reafirmar la facultad de la Procuraduría para limitar los derechos políticos con la destitución y la inhabilidad, de servidores públicos elegidos en virtud del sufragio, pese a ser una autoridad administrativa que toma decisiones en el ámbito del derecho disciplinario y no del penal.

A pesar de ello, también, se debe reconocer que, existe un consolidado precedente constitucional que, le otorga naturaleza obligatoria y vinculante a la jurisprudencia interamericana, en aquellas situaciones, en las cuales, las sentencias de la Corte Interamericana se dictan en un litigio, donde el Estado Colombiano es parte. Aquí, vale entonces, la pena mencionar que, debido a

los incumplimientos del Estado Colombiano, de respetar, proteger y cumplir los derechos políticos de los servidores públicos elegidos por voto popular, con ocasión de ampliar o flexibilizar sus posibilidades de limitación, más allá de lo que se pueda entender por juez penal, la Corte Interamericana emitió la sentencia del 8 de julio del 2020, en el caso Petro Urrego Vs Colombia. En esta se advirtió, justamente, una vulneración, por parte del Estado colombiano, de los compromisos asumidos al suscribir la Convención Americana, lo que desencadenó en la declaratoria de responsabilidad por hecho ilícito internacional.

De acuerdo a lo anterior, el cuarto argumento que se viene exponiendo, conduce a afirmar, con certeza, que existen razones que coadyuvan a la consolidación de la voluntad del Estado en reconocer efectos obligatorios, no sólo a la Convención Americana sino, además, a la jurisprudencia, con la cual, esta se interpreta. Y dichas fundamentaciones surgen, claramente, de la jurisprudencia constitucional que otorga todo el poder obligatorio a las sentencias de la Corte Interamericana, en trámites en los que, el Estado colombiano es parte, como sucedió en el litigio regional que activó Gustavo Petro Urrego.

En este escenario, surge necesario recordar que, la Corte Interamericana en la sentencia del 8 de julio del 2020, como una de las medidas de reparación y garantía de no repetición, dispuso, en el fundamento jurídico número 154 del

fallo comentado, que existían diversos dispositivos en el sistema jurídico doméstico, que condujeron a la violación del art. 23.2 de la Convención Americana y, por ello, el Estado debía “*en un plazo razonable, adecuar su ordenamiento interno de acuerdo a lo señalado en los párrafos 111 a 116 de la presente Sentencia*” (Caso Petro Urrego Vs Colombia, 2020, párr. 154).

Por su parte, en los párrafos 111 a 116 del fallo, se indicó que los arts. 277 y 278 de la Constitución Política de 1991 se ajustaban a la Convención Americana y a la jurisprudencia interamericana, si se entendía que, en lo que atañe a los servidores públicos de elección popular, la Procuraduría, únicamente, ostentaba la potestad de vigilancia de su conducta, sin que ello implicara la facultad de inhabilitar o destituir. De esta manera, las previsiones normativas del Código Único Disciplinario contenidas en los arts. 44 y 45, debían ser modificadas en el ámbito jurídico doméstico, para impedir que una autoridad administrativa limitara los derechos políticos de quienes fueron electos en virtud del sufragio popular.

En suma, el precedente interamericano en torno al art. 23.2 de la Convención Americana es obligatorio para el Estado colombiano, como parte esencial del derecho de participación democrática, consagrado en el art. 40 de la Constitución Política. De este carácter vinculante, emerge la prohibición, para el Estado, de imponer la destitución de un funcionario elegido por voto popular, mediante trámites ajenos a un proceso penal.

Se colige de lo dicho que, si se mantiene la competencia de la Procuraduría de destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, persiste el incumplimiento por parte del Estado Colombiano, de adecuar las disposiciones de su derecho interno, conforme a los estándares internacionales sobre el derecho a elegir y ser elegido, así como sus posibilidades de limitación, reguladas en el art. 23.2 de la Convención Americana.

Es, justamente, lo que sucedió con la expedición de la Ley 2094 de 2021, expedida con posterioridad a la emisión del fallo de la Corte Interamericana en el caso *Petro Urrego Vs Colombia*, ya que en dicha ley se ratifica la competencia de la Procuraduría para destituir a servidores públicos elegidos por el pueblo, bajo la consideración, contenida de manera expresa en la misma ley (art. 1), de que, bajo esos escenarios, la Procuraduría tenía facultades jurisdiccionales. A esto se sumó, la separación funcional entre la instrucción y el juzgamiento, debido a que, según se lee (art. 3), se hacía necesario brindar garantías sobre independencia e imparcial del órgano que adopta la sanción. Finalmente, la ley comentada previó el recurso de apelación del fallo que imponga la sanción (art. 3) y el derecho a la defensa gratuita cuando el investigado no cuente con los recursos para sufragar los estipendios de un abogado de confianza (art. 70).

Como puede advertirse, si bien con esta Ley, se contemplan algunas garantías aplicables al proceso penal, tales como la jurisdiccionalidad, la independencia e imparcialidad del juzgador, el derecho a la defensa y la impugnación, el trámite no deja de ser de naturaleza administrativa sancionatoria y así se diga que la Procuraduría ostenta facultades jurisdiccionales, ello no la convierte en “un juez penal” ni el trámite es de naturaleza “penal”.

De acuerdo a lo anterior, cabe formularse los siguientes interrogantes que serán resueltos en el siguiente apartado ¿Ante estos eventos se habilita el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en virtud de las causales de funcionario sin competencia y violación de una norma superior, si la destitución y la inhabilidad de un servidor público elegido por voto popular, es adoptada por la Procuraduría en el trámite previsto en la Ley 2094 de 2021? ¿El juez de lo contencioso administrativo puede revocar el fallo impuesto por la Procuraduría bajo la constatación de que quien adoptó la decisión, en esencia, no es un juez penal y el trámite de la Ley 2094 no corresponde a un proceso penal? ¿La revocatoria del fallo que tenga lugar con ocasión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, podría fundamentarse directamente en un control de convencionalidad *ex officio*, que tenga lugar en virtud de la aplicación directa del precedente interamericano en torno al art. 23.2 de la Convención Americana? ¿Se configura la causal de violación de una norma superior si quien limita los derechos políticos del servidor público

elegido popularmente es la Procuraduría aun ostentando facultades jurisdiccionales? ¿Se configura, en estos escenarios, la causal de funcionario sin competencia, pese a la existencia de la Ley 2094 de 2021 que le otorga dicha competencia a la Procuraduría?

3.3. Configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, con fundamento en el precedente interamericano.

Los actos administrativos disciplinarios sancionatorios tienen control de legalidad en la Jurisdicción Contencioso Administrativo con fundamento en los arts. 116, 236, 237 y 238 de la Constitución Política de 1991 (Gómez, 2009; Ostau, 2011; Roa, 2010; 2012). El art. 138 de La Ley 1437 de 2011 prevé el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para que toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica acuda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a fin de que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto y se le restablezca el derecho. Dentro de los aspectos sometidos a control jurisdiccional está aquél que indaga acerca de si el acto administrativo fue o no emitido por funcionario competente (Domingo, 2010; Roa, 2012).

En este escenario, la normatividad nacional avala la competencia de la Procuraduría para destituir a funcionarios elegidos por voto popular,

comoquiera que el poder o a facultad en Colombia para sancionar, le fue atribuida a los órganos de control, con fundamento en las relaciones especiales, subjetivas y materiales de sujeción entre los servidores públicos y el Estado (Forero, 2006; Gómez, 2009; Roa, 2012).

La decisión del 23 de julio de 2020 emitida por el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y expedida con posterioridad a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Petro Urrego Vs Colombia, confirman lo dicho. En esta, se rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Samuel Moreno Rojas, en contra del fallo de la Procuraduría que lo destituyó e inhabilitó por dieciocho años. Aquí, el Consejo de Estado, trayendo a colación el precedente constitucional, resaltó que la Procuraduría sí ostentaba la competencia para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular y reiteró que los argumentos de la sentencia del 15 de noviembre de 2017, ni suprimían, ni modificaban, ni anulaban dicha competencia.

Para fortalecer dicha competencia, la Ley 2094 de 2021 le atribuyó facultades jurisdiccionales a la Procuraduría en la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, incluidos aquellos elegidos por voto popular, en virtud de lo cual, puede imponer la destitución como sanción. Asimismo, esta normatividad supedita *la ejecución de la sanción* a lo que decida la

jurisdicción contencioso administrativa cuando se demande el acto administrativo emitido por la Procuraduría.

De ello, se puede inferir que, no procede el medio de control estudiado, si se alega que el funcionario que la emitió no es competente a la luz del precedente interamericano o que, al desconocerse éste, el fallo se ha fundado en la violación de una norma superior, pues se convalida la competencia de la Procuraduría, como entidad con funciones jurisdiccionales, para adelantar el procedimiento disciplinario y en tal escenario proceder a la destitución del servidor público elegido por voto popular.

Pese a los mandatos de reparación y garantía de no repetición que fueron ordenados por la Corte Interamericana, en el caso Petro Urrego Vs Colombia, la posición más reciente del Consejo de Estado resalta que, en eventos de corrupción, la Procuraduría sigue manteniendo la competencia para destituir a servidores públicos de elección popular; conclusión que resulta, en su parecer, de un análisis integrado con los Instrumentos Internacionales dispuestos para la lucha contra la corrupción de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, en vista de que la sanción transcurre en un procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales.

Dentro de esos derechos fundamentales, el Consejo de Estado ha recalcado la posibilidad de atacar el acto administrativo sancionatorio

acudiendo a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, a efectos de que ésta entre a revisar la constitucionalidad de la actuación disciplinaria, bajo las causales previstas para la nulidad y el restablecimiento del derecho, descartando, en todo caso, la procedencia del medio de control por las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, si quien adoptó la decisión fue la Procuraduría y el cargo se centra en la infracción del art. 23.2 de la Convención Americana. De esta manera, la viabilidad de la acción, estaría dada por la transgresión de garantías del debido proceso, diferentes a las enunciadas.

En este contexto de análisis, resulta problemática la potestad de la Procuraduría en torno a la destitución de servidores públicos seleccionados en el ejercicio del voto público, pues el precedente interamericano afinca la necesidad de que sea un juez penal quien adopte la decisión y no un órgano administrativo. La principal razón estriba en que, en el periplo penal son observadas con carácter estricto las garantías de un juicio justo previstas en el art. 8 de la Convención Americana, no así en el contexto disciplinario. Para ejemplificar la situación, habría que mencionar que, una de esas garantías consiste en la posibilidad de impugnar la decisión bajo la fórmula de la doble instancia.

Justamente, este aspecto fue abordado por el Consejo de Estado en el proceso activado por Samuel Moreno Rojas (emitido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 2094 del 2021, pero con posterioridad a la

sentencia de la Corte Interamericana en el caso Petro Urrego Vs Colombia), en cuya disertación el órgano judicial estimó que las decisiones de la Procuraduría no eran sentencias judiciales, a las cuales, les resultara aplicable la segunda instancia y por ello, el proceso de única instancia regulado en el art. 7 del Decreto 262 del 2010, era ajustado a la norma constitucional y a los instrumentos internacionales de DDHH que exigían tal garantía únicamente para el proceso penal.

Nótese cómo, existe una grave contradicción en la postura que avala la facultad de la Procuraduría para destituir a servidores públicos de elección popular que, finalmente, sí permite establecer un desconocimiento de lo conceptuado en el precedente interamericano: se afirma que el Procuraduría sí tiene competencia para destituir a servidores públicos seleccionados en virtud del sufragio; que tal competencia es conforme al art. 23.2 de la Convención Americana si se cumplen dos condiciones, la primera que se trate de actos de corrupción y la segunda que el acto de destitución transcurra en un proceso que si bien no es penal, respete todas las garantías del art. 8 de la Convención Americana que son aplicables al proceso penal.

Empero, al descender a la materialización de dicha tesis en casos concretos se puede avizorar que la potestad disciplinaria y el trasegar, en el cual, aquella se desenvuelve, no gozan de las garantías propias de un proceso penal, pues no hay independencia del órgano investigador respecto del ejecutivo, como si se predica del poder judicial y, además, como sucedió en el

caso de Moreno Rojas, no estaba garantizada la impugnación, bajo la fórmula de la segunda instancia.

Otro panorama se presenta con la entrada en vigencia de la Ley 2094 del 2021; pues en esta, se prevé la impugnación o doble conformidad en la segunda instancia, el derecho a la defensa gratuita y la independencia del órgano de instrucción, respecto de aquel ante quien se surte el juzgamiento. Esto, bajo la consideración expresa, contenida en la misma ley, de que la Procuraduría cuando decida destituir e inhabilitar a un servidor público elegido por voto popular, lo hace en virtud de funciones jurisdiccionales entregadas por la misma ley.

Sin embargo, esas potestades de la Procuraduría a la luz de la Ley 2094 del 2021, no son, materialmente hablando, funciones jurisdiccionales, ni el trámite que adelanta es de la esencia de un proceso penal, aun cuando se haya avanzado hacia la consagración de algunas de sus garantías.

Lo anterior, por cuanto, la jurisdicción goza de las características de unicidad e indivisibilidad y se entiende como *“la función pública de administrar justicia emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial”* (Devis Echandía, 1987, p. 63). De esta manera, cuando se aborda la teoría general del proceso, se entiende que la autorización de que este u otro órgano administre justicia, depende de la voluntad soberana del Estado, en cuanto a

decantar quién o quiénes llevarán a cabo tal encargo. En concreto, es una posición generalizada, la que afianza la potestad de definición en la norma constitucional (Villamil, 1999; Chiovenda, 2001; Couture, 2005; Azula, 2019).

Es, entonces, la Constitución Política del Estado, la encargada de definir, como norma superior, el o los órganos encargados de administrar justicia, aun cuando los mismos, no sean jueces. En efecto, la norma constitucional vigente en Colombia desde 1991, no atribuye de manera exclusiva, la función de administrar justicia a la rama judicial. Empero, si es claro que la potestad de delimitar a quién corresponde ejercer la jurisdicción, es del resorte de la Carta Política (Azula, 2019).

Sobre el particular, es necesario observar lo dispuesto en el art. 116 de la norma constitucional, a la luz del cual:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". (subrayas y negrilla no original)

De acuerdo al aparte resaltado, se nota que la Asamblea Nacional Constituyente en ejercicio de su poder soberano, facultó al legislador para que sea este, el que, atribuya funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas; sin embargo, aclaró que, podría hacerlo (i) excepcionalmente; (ii) en materias precisas y, (iii) bajo la prohibición de adelantar la instrucción de sumarios y de juzgar delitos.

La delimitación realizada tiene connotada relevancia, en vista de que pesa sobre el Estado Colombiano una condena por hecho ilícito internacional, que tuvo lugar con ocasión de la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso Petro Urrego Vs Colombia y, en la cual, como garantía de no repetición, se ordenó la modificación del ordenamiento jurídico interno, en punto a hacer compatible la norma constitucional con las potestades exclusivas y excluyentes de limitación de los derechos políticos, según lo normado en el art. 23.2 de la Convención Americana y, en tal sentido se dijo, que como regla general, los arts. 277 y 278 de la Constitución eran convencionales, a condición de entender que los mismos habilitan la vigilancia de la conducta

oficial de los servidores públicos; empero, el alcance de dicha potestad no cobija la opción de destituirlo e inhabilitarlos.

En vista de la existencia de una orden expresa de no repetición, no puede entenderse que las funciones jurisdiccionales que otorgó la Ley 2094 del 2021 a la Procuraduría son producto o emergen de una “excepcionalidad”. Todo lo contrario, según el precedente interamericano construido sobre la interpretación del art. 23.2 de la Convención Americana, la regla general, es que la Procuraduría es una autoridad administrativa que no tiene la naturaleza de un juez penal y que la decisión que adopta este órgano tendiente a limitar los derechos políticos del servidor público elegido por voto popular, no se surte en un proceso penal y, por ello, carece de la competencia para adoptar tales determinaciones.

Además, véase cómo, esa naturaleza excepcional del art. 116 se fortalece o consolida con la prohibición expresa para el legislador de atribuir funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas en el campo de la investigación y juzgamiento de delitos. En contraste, el art. 23.2 de la Convención Americana sólo admite la limitación de los derechos políticos del servidor elegido por voto popular, cuando se trata de delitos. Y esta conclusión es apenas obvia, porque la limitación de los derechos políticos autorizada por el mentado art. 23.2 sólo procede por juez competente en proceso penal; esto es, en el ritual destinado

a investigar si tal o cual comportamiento humano configura o no una conducta punible.

El orden de la argumentación es el siguiente:

Premisa 1. El art. 23.2 de la Convención Americana contempla como única posibilidad para la destitución de un servidor público elegido por sufragio popular, el hecho de que tal decisión haya sido emitida en proceso penal.

Premisa 2. El proceso penal es el escenario natural, en el cual, se investiga si un comportamiento humano configura o no una conducta punible (léase delito).

Premisa 3. Como regla general, en Colombia, quien goza de la competencia para investigar los delitos, es la Fiscalía General de la Nación; quien los juzga o decide el conflicto, son los jueces o salas penales de órganos colegiados (Tribunales y Corte Suprema de Justicia) -salvo los conflictos que tienen lugar en la jurisdicción indígena, en la Justicia Penal Militar y el Congreso en el ámbito de su competencia-.

Premisa 4. Existe una prohibición expresa contenida en el art. 116 en torno a que sea una autoridad administrativa la que adelante la instrucción y el juzgamiento de conductas punibles.

Conclusión. La Constitución Política en el art. 116 prohíbe que sea una autoridad administrativa la que limite los derechos políticos del servidor público elegido por voto popular; pues las condiciones que habilitan la destitución conforme al art. 23.2 de la Convención Americana, debe basarse en unos presupuestos fácticos que sean pasibles de ser investigados y juzgados a la luz del derecho penal; esto es, debe tratarse de conductas con apariencia delictiva y si se trata de delitos, ni la instrucción ni el juzgamiento se pueden tramitar por autoridades administrativas, entre ellas, la Procuraduría.

Bajo las consideraciones expuestas, el juez de lo contencioso administrativo, cuando deba conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del fallo emitido por la Procuraduría que decidió la destitución e inhabilidad de servidores públicos elegidos por voto popular, al cual se llegó, en aplicación del procedimiento previsto en la Ley 2094 del 2021, se enfrenta ante la problemática advertida; esto es, que la mencionada ley excede las competencias otorgadas en el art. 116 de la norma constitucional.

Aquí, no cabe duda que, mientras la ley esté vigente y no sea demandada ante la Corte Constitucional, mediante la acción pública de inconstitucionalidad (art. 240, num.1, Const. 1991) y, declarada inexecutable por este órgano judicial, la misma conserva toda su existencia y validez. La práctica judicial en

el país confirma esta salida, que resulta acorde con los fundamentos del positivismo jurídico de Hans Kelsen.

En la obra la *Teoría Pura del Derecho*, se acuña el concepto de subordinación entre la ley de un Estado y la norma fundamental hipotética. Aunque, en principio, podría pensarse que la naturaleza “hipotética” de la norma fundante de un Estado, impide considerar algún tipo de contenido, Kelsen (1960) refiere la sujeción del sistema jurídico del Estado al derecho internacional, particularmente, a los tratados internacionales y a la costumbre internacional, bajo la fórmula de un *deber ser*. De acuerdo al autor, la ley debe ser conforme a la norma fundamental hipotética y, a su vez, ésta debe ser acorde con el derecho internacional.

No obstante, puede suceder que la ley sea emitida con desconocimiento de la norma fundamental hipotética; empero, esta circunstancia no la hace inválida, hasta tanto un tribunal con competencia para ello, no la retire del ordenamiento jurídico, por inobservar la norma de superior jerarquía. Lo propio sucede en el siguiente nivel: si la norma constitucional es contraria a las prescripciones del derecho internacional, aquella es válida, hasta que un tribunal internacional no ordene modificarla. Las soluciones anteriores dadas por el positivismo, llevaron a establecer que Hans Kelsen fue el precursor del control abstracto de constitucionalidad, a cargo de máximas autoridades judiciales, en los Estados, encargados de analizar la compatibilidad entre una

norma de inferior jerarquía con aquella que gozara de nivel superior o supremo (Botero, 2007).

En este contexto, es relevante poner de presente el tema de validez de las leyes. Según Kelsen (1995) las autoridades del Estado están supeditadas a las leyes válidas y el concepto de validez está dado por dos aspectos centrales: el primero, la expedición por autoridad competente y, el segundo, que se haya surtido, el procedimiento indicado en el respectivo ordenamiento jurídico. De acuerdo a ello, mientras la ley no sea retirada del ordenamiento jurídico, se entiende que es válida.

Sin embargo, no se puede dejar de lado, las corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo, dentro de las cuales, se ubica Robert Alexy (1997), para quien *“una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento”* (p.89). Nótese que, en este postulado, la validez no se limita a lo estrictamente formal, sino que aborda aspectos materiales, según los cuales, el menoscabo de un derecho de rango superior torna inválida la norma; circunstancia que, impediría su aplicación.

Ahora bien, respecto del modelo constitucional colombiano, podría afirmarse que el tema de validez se aborda y entiende, más desde las

corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo que, desde el estricto positivismo jurídico, por los siguientes argumentos: En primer lugar, la Carta Política de 1991, contempla el principio de supremacía constitucional (art. 4), la eficacia de los principios constitucionales (art. 2), la primacía de los derechos inherentes al individuo (art. 5) y la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93); aspectos éstos, que sirven de parámetro de constitucionalidad de las leyes en el control abstracto (concentrado) y difuso de constitucionalidad.

El control abstracto y concentrado de constitucionalidad se activa mediante la acción de inconstitucionalidad que, puede ejercer cualquier persona ante la Corte Constitucional, a fin de que esta determine si una ley está o no acorde con los preceptos constitucionales; en caso de no estarlo, para que esa norma salga del ordenamiento jurídico en virtud de la declaratoria de inexequibilidad *“por carecer de validez jerárquica”* (Mendieta, 2010, p. 63).

Entre tanto, el control difuso de constitucionalidad lo ejerce cualquier juez que, al resolver un conflicto en particular, decide dejar de aplicar una ley o norma de inferior jerarquía, por encontrar que la misma es contraria al texto constitucional; lo hace con el fin de reivindicar la salvaguarda de la Constitución; a esta figura, también se le ha dado el nombre de excepción de inconstitucionalidad (Cubides & Pinilla, 2016).

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional al abordar el tema de la validez normativa ha reconocido que, la misma, se entiende no sólo desde su perspectiva formal sino también desde su análisis sustancial. Este último aspecto, requiere como condición de validez, la conformidad de la ley con la Carta Política Constitucional.

“La “validez” de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión. Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia –por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el Congreso y haber recibido la sanción presidencial -; pero por regla general, las disposiciones que regulan la validez formal de las normas –legales u otras- establecen condiciones mucho más detalladas que éstas deben cumplir, relativas a la competencia del órgano que las dicta, y al procedimiento específico que se debe seguir para su expedición. Así, por ejemplo, la validez de las leyes ordinarias presupone que se hayan cumplido requisitos tales como la iniciación de su trámite en una determinada cámara legislativa (art. 154, C.P.), el transcurso de un determinado lapso de tiempo entre debates (art. 160, C.P.), su aprobación en menos de dos legislaturas (art. 162, C.P.), el cumplimiento de las normas sobre iniciativa legislativa (art. 156, C.P.) o el respeto por la regla de unidad de materia (art. 158, C.P.).

Adicionalmente, como se dijo, la validez hace relación al cumplimiento de ciertos requisitos sustanciales o de fondo impuestos por el ordenamiento; así, por ejemplo, una ley determinada no podrá desconocer los derechos fundamentales de las personas (art. 5, C.P.)”. (C-873, 2003)

La necesidad de verificar la correspondencia de una ley o cualquier norma de inferior jerarquía con la Constitución Política de 1991, como condición de su validez, no es un asunto exclusivo y excluyente de la Corte Constitucional, en las arenas del control abstracto y concentrado que, como se vio, se activa por demanda ciudadana. Esto por cuanto, la salvaguarda de la Constitución debe reivindicarse en cada situación, en la que, se advierta su lesión o un peligro de menoscabo a sus fundamentos; situación que, puede suceder en cada caso, que deba aplicarse el derecho.

Por ello, se explica que ha sido la propio Corte Constitucional la que, al abordar el tema de la excepción de inconstitucionalidad, la haya erigido como un deber o una obligación *ex officio* a cargo de todas las autoridades judiciales:

“La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no puede dejar de hacer uso de ella en los eventos en

que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”. (SU-132, 2013)

Estos análisis cobran especial importancia y tienen una fuerte utilidad en el quehacer del juez contencioso administrativo, cuando deba conocer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo expedido por la Procuraduría que decide la destitución e inhabilidad de un servidor público elegido por voto popular. Si, en los cargos de la demanda, el accionante alega las causales de funcionario sin competencia y violación de una norma superior, con fundamento en el precedente interamericano en torno al art. 23.2 de la Convención Americana, se plantean las siguientes categorías de análisis:

En primer lugar, la Ley 2094 fue expedida el 29 de junio de 2021; en lo que respecta a las funciones jurisdiccionales de la Procuraduría, la misma ley dispuso que entraría a regir a partir de esa fecha y en lo que atañe a las demás disposiciones se estimó que su vigencia se postergaría por nueve meses, lo que significa que será vigente desde el 29 de marzo de 2022; en ese interregno, seguirán siendo aplicables las disposiciones de la Ley 734 de 2002.

No se discutirá si la mencionada ley cumplió o no los requisitos formales condicionantes de su validez, pues el debate se centra en los requisitos sustanciales; es decir, si es o no conforme a la Constitución Política de 1991.

En segundo lugar, el juez de lo contencioso administrativo en su decisión está sometido al imperio de la ley, en virtud del art. 230 de la Constitución Política de 1991. La Corte Constitucional ha establecido que la expresión *ley* abarca todas las fuentes del derecho y, en tal sentido, las autoridades judiciales deben armonizar *“el mandato legal particular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente”* (C-634, 2011).

Así pues, el juez debe atender al principio de supremacía constitucional (art. 4), lograr la eficacia de los principios constitucionales (art. 2), la primacía de los derechos inherentes al individuo (art. 5) y la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93). Ya lo había planteado la Corte Constitucional desde temprana jurisprudencia:

“El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución - sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político

de los textos constitucionales (...) La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma (...) No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales (...) Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales". (T-406, 1992)

De acuerdo a lo anterior, y, en principio, la Ley 2094 del 2021 es una de las fuentes que el juez debe tener en cuenta, porque es válida desde la perspectiva material y es vigente. Sin embargo, su labor no puede ceñirse estrictamente al estudio hermético y cerrado de dicha ley, sino que debe encontrar una armonía entre aquella y el catálogo de derechos, principios y valores constitucionales que rigen la materia.

Dentro de las diversas producciones normativas que, el juez de lo contencioso administrativo debe aplicar en la resolución del caso, es evidente

que se va a encontrar con un sistema disperso y fraccionado. Lo anterior, en razón a que:

(i) existe una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional consolidada que ha sido reiterativa en afirmar la competencia de la Procuraduría, no sólo para ejercer la vigilancia disciplinaria de la conducta de los servidores públicos elegidos por voto popular, sino que, además, en este contexto, con fundamento en las prescripciones normativas de la Ley 734 de 2002, ostenta la competencia para decidir la destitución y la inhabilidad de dichos servidores públicos, aun cuando los mismos hayan sido elegidos por voto popular.

(ii) la posición mayoritaria del Consejo de Estado, consolida la competencia de la Procuraduría para destituir e inhabilitar a servidores públicos elegidos por voto popular. Sin embargo, en un caso particular, que fue el de Gustavo Petro Urrego, es decir, con efectos *inter partes* decidió que la Procuraduría no ostentaba dicha competencia, porque la misma reñía con el art. 23.2 de la Convención Americana, que sólo autorizaba a un juez penal para tomar dicha determinación.

Es preciso anotar que estas producciones normativas, fueron emitidas con anterioridad al fallo de la Corte Interamericana del 8 de julio de 2020, en el caso Petro Urrego Vs Colombia.

(iii) el precedente interamericano, al interpretar el art. 23.2 de la Convención Americana, ha sido sólido en establecer que, únicamente, mediante condena por un juez penal, se puede destituir e inhabilitar a servidores públicos que han sido elegidos en virtud del sufragio; entendiendo que la destitución y la inhabilitación son maneras, bajo las cuales, se limitan los derechos políticos. En este contexto, en lo que atañe al Estado colombiano, existe el fallo del 8 de julio de 2020, en el caso Petro Urrego Vs Colombia, en el cual, se abordó el deber de los jueces de hacer un control de convencionalidad *ex officio*, en virtud del cual, tienen la obligación de dejar de aplicar leyes que vayan en contra del espíritu y efecto útil del art. 23.2 de la Convención Americana. Además, se ordenó al Estado colombiano a que, como garantía de no repetición, modifique el ordenamiento jurídico interno, en el sentido de hacer compatible la norma constitucional interna con los estándares regionales de protección de derechos humanos, a fin de entender que, los arts. 277 y 278 de la Carta Política, sólo habilitan a la Procuraduría para ejercer la vigilancia de la conducta de los servidores públicos, aun los elegidos por voto popular, pero no para limitar sus derechos políticos.

(iv) la jurisprudencia constitucional ha sido ambivalente y poco clara, en relación con los efectos del precedente de la Corte Interamericana en el ordenamiento jurídico interno colombiano, en cuyo contexto se pueden identificar tres líneas: la primera, en la que otorga carácter vinculante y obligatorio a la jurisprudencia regional, por considerar que la Corte

Interamericana es el órgano autorizado para establecer la interpretación de la Convención Americana; por la vía del bloque de constitucionalidad, se integra, a la Carta Política de 1991, la Convención Americana así interpretada. La segunda, en la que se dota a los fallos de la Corte Interamericana, únicamente, una función interpretativa, pero en este ámbito, es notoria la prevalencia de las normas internas, comoquiera que se indica que ni la Convención Americana, ni la jurisprudencia que se encarga de delimitarla, son normas supranacionales que se impongan por encima de las nacionales. La tercera y última que, según lo manifestado por la Corte Constitucional es la actualmente vigente y se podría llamar mixta, condensa las dos anteriores, en la medida de estimar, por regla general, que el precedente interamericano goza de una utilidad hermenéutica, si el Estado colombiano no es parte en el litigio internacional, en el cual, se haya adoptado la decisión; en cambio, los fallos de la Corte Interamericana adquieren esencia obligatoria y vinculante en el evento en que, el Estado colombiano, sea parte en el litigio internacional, en el cual, se haya emitido la decisión.

Ahora bien, siguiendo con las categorías de análisis se tiene, **en tercer lugar**, que, existen en el modelo constitucional colombiano vías mediante las cuales, los jueces puedan dejar de aplicar una ley, para, en su lugar, materializar el andamiaje constitucional y, en este contexto, reivindiquen en su función, la supremacía constitucional. En este ámbito, se veía como la Ley 2094 de 2021 es válida desde su arista formal y, además, está vigente.

Sin embargo, en este estadio de análisis, refulge como necesario indagar, por los fundamentos constitucionales, que le permitirían al juez de lo contencioso administrativo, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dejar de aplicar la Ley 2094 de 2021, a fin de encontrar que la Procuraduría no ostenta la competencia para destituir e inhabilitar a servidores públicos elegidos por voto popular y que, si lo hace, el acto administrativo que adopta tal determinación es abiertamente violatorio de una norma superior en la que debía fundarse.

Para fundamentar una salida constitucional viable, se debe indicar que la norma superior en la que debía fundarse el acto administrativo, sin duda, lo es la Constitución Política de 1991, porque esta, es norma de normas, a la luz del art. 4; al punto de ordenar que, ante una contradicción entre la Constitución y otra norma, deben aplicarse las disposiciones constitucionales. Empero ¿Qué debe entenderse por Constitución?

La Constitución como texto político, no se reduce al documento formal que la contiene. Esta situación, no solo fue advertida por la Corte Constitucional cuando, por primera vez, abordó la figura del bloque de constitucionalidad, sino que, además surge del deseo de la Asamblea Nacional Constituyente, al consagrar cláusulas, a la luz de las cuales, se trata de una

norma superior integrada. Aquí cabría preguntarse por los elementos que la integran.

Pues bien, la misma norma fundamental -y esto es un asunto de soberanía popular y voluntarismo estatal- quiso adoptar una fuerte fundamentación axiológica, que defendiera la eficacia de los principios y valores constitucionales (art. 2); la primacía de los derechos inherentes de los individuos (art. 5) y la democracia participativa, más allá de la representativa, como valor constitucional (preámbulo, art. 1) y derecho fundamental (art. 40).

En este contexto, advirtió sobre la necesidad de generar cláusulas que permitieran fortalecer cada uno de los anteriores fundamentos y, por ello, generó aperturas al derecho internacional de los DDHH, permitiendo que los tratados internacionales, en esta materia, que fueran suscritos y adoptados por el Estado, tuvieran entidad normativa para entrar a regular las relaciones entre este y los individuos de modo obligatorio, en razón a lo cual, se estableció su prevalencia, en el art. 93 y el mandato de interpretar los derechos y deberes conforme a ellos, tal como se lee en el art. 93.2.

Por si fuera poco, la Asamblea Nacional Constituyente, siendo consciente de que, aun podían quedar por fuera ciertos derechos, del ámbito de reconocimiento nacional o internacional, en el art. 94 dispuso que, si los

mismos eran inherentes a la dignidad humana debían garantizarse, aun cuando expresamente no estuvieran positivizados.

La *norma superior integrada* es, entonces, visible a partir de sus propias cláusulas, en las cuales, está fielmente reflejada la voluntad del pueblo en su conformación. Y, es a partir de esa voluntad que los estándares internacionales que protegen los derechos políticos, son obligatorios para el juez, porque hacen parte de la Constitución política, cuya primacía debe reivindicar. Esos estándares, están contenidos en el art. 23.2 de la Convención Americana y en el precedente interamericano en torno a esa cláusula normativa convencional.

Entre la norma convencional y el precedente interamericano existe unidad de sentido, en cuanto a las posibilidades de limitación de los derechos políticos, así: (i) la condena por juez penal en el ámbito de un proceso penal restringe los derechos políticos de quien es elegido por voto popular; (ii) esa posibilidad de limitación es exclusiva y excluyente; es decir, se erige bajo la fórmula de *numerus clausus* y no bajo el entendimiento de *numerus apertus*; (iii) la destitución e inhabilidad de un servidor público elegido por sufragio, son formas de limitación de sus derechos políticos, por lo tanto, la única posibilidad que tiene el Estado para proceder a tales determinaciones, es que un juez penal las adopte como condena en un proceso penal; (iv) una autoridad administrativa o de otro carácter que no sea de naturaleza penal, no es

competente para limitar los derechos políticos de los servidores nombrados en virtud del voto popular y, en este contexto, no podría, ni destituir ni inhabilitar; (v) los Estados tienen un margen de discrecionalidad en cuanto a establecer los sistemas democráticos; empero, tal prerrogativa no puede llevarlos a entender que pueden hacer flexible el carácter restringido y cerrado del art. 23.2; (vi) si los Estados consagran opciones de limitación de los derechos políticos, por fuera de las señaladas de manera estricta en el art. 23.2 de la Convención Americana, se erige una violación a este precepto e incurren en hecho ilícito internacional generador de responsabilidad estatal en el ámbito regional; (vii) como forma de no repetición -y modalidad de reparación integral- el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, a fin de hacerlo compatible con las obligaciones asumidas al suscribir la Convención Americana.

La pregunta que sigue, en esta línea argumentativa, para el juez de lo contencioso administrativo, es sí esta unidad de sentido entre la Convención Americana y el precedente interamericano, hacen parte de la Constitución Política de 1991, para efectos de estimar que, una eventual inobservancia por parte del Estado y, en este caso, por parte de quien emite el acto administrativo que impone la destitución e inhabilitación, configura la violación de una norma superior en la que debía fundarse.

Pues bien, en este escenario, el juez de lo contencioso administrativo, que conoce del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual, transcurre el ataque en contra del acto administrativo que limita los derechos políticos del servidor público elegido por voto popular, debe considerar que el Estado Colombiano suscribió y aprobó la Convención Americana, el 22 de noviembre de 1969 y el 30 de diciembre de 1972, respectivamente; en el contexto de la aprobación, se emitió la Ley 16 del 22 de noviembre de 1969. Sería necesario preguntarse acerca de cuáles fueron los compromisos, deberes u obligaciones que el Estado colombiano adquirió con estas manifestaciones de voluntad.

En atención a lo establecido en los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, desde el 28 de mayo de 1973, el Estado colombiano adquirió las siguientes obligaciones: (i) respetar los derechos y libertades contemplados en dicho instrumento y a garantizar su libre y pleno ejercicio, sin ningún tipo de discriminación; (ii) adoptar con arreglo a sus procedimientos internos, medidas de cualquier tipo para hacer efectivos tales derechos.

De acuerdo a lo anterior, para el juez contencioso administrativo debe ser claro que el Estado colombiano, en torno al art. 23.2 se comprometió a respetar los derechos políticos, a garantizar su libre y pleno ejercicio y a adoptar medidas para hacerlos efectivos; de manera que su limitación sólo resultaría procedente en virtud de condena por juez penal.

Ahora bien, la incorporación e integración que debe hacer el juez de lo contencioso administrativo, del art. 23.2 de la Convención Americana a la Constitución Política de 1991, para lograr una *norma superior integrada*, no sólo obedece a la cláusula contenida en el art. 93 de la Carta Política del 91 y toda su axiología explicada líneas atrás, en razón a las cuales, el instrumento internacional adquiere entidad constitucional, por la vía del bloque de constitucionalidad, como lo ha manifestado la Corte Constitucional y quedó planteado líneas atrás.

Existen otros soportes argumentativos que rigen las relaciones entre los Estados ante una comunidad internacional y se materializan en los principios *pacta sunt servanda*, efecto útil de los tratados y buena fe en su cumplimiento. En este sentido, el operador jurídico debe tener claro que, si el Estado, del cual hace parte, suscribió tratados internacionales, lo hizo con el propósito de cumplirlos y ese acatamiento debe hacerse de buena fe y conforme a su efecto útil. Sin embargo, ¿Quién o qué autoridad establece el efecto útil de las normas convencionales?

Sobre el particular, el juez de lo contencioso administrativo debe avizorar que, en muchas ocasiones el clausulado de un tratado internacional es estático, cerrado y oscuro; estos aspectos impiden descifrar su contenido. Por estas razones, la jurisprudencia que se emite en aplicación de un tratado internacional, establece su contenido y alcance y coadyuva a que los Estados

puedan entender que, si la acatan, estarían cumpliendo sus compromisos de buena fe.

Este es un argumento central para concluir que la jurisprudencia interamericana en torno al art. 23.2 de la Convención Americana sí hace parte de la *norma superior integrada*. Además, se debe tener presente que la Corte Constitucional así lo ha reconocido, en los eventos en los cuales, se ha dado a la tarea de abordar la figura del bloque de constitucionalidad y, en este contexto, ha entendido que su conformación está dada, no sólo por el tratado internacional sobre DDHH, aprobado por el Estado, sino también la interpretación que, del mismo, hace el órgano autorizado; en el tema que se estudia, la Corte Interamericana.

Asimismo, existen otros argumentos para que el juez de lo contencioso administrativo otorgue efectos obligatorios y vinculantes al precedente interamericano, en torno al art. 23.2 de la Convención Americana; estos estarían referidos a la soberanía popular y al voluntarismo estatal, como principios generales, en los cuales, se asienta la validez del derecho internacional. En efecto, si el Estado colombiano reconoció la competencia de la Corte Interamericana -21 de junio de 1985- y lo hizo, no solo para la interpretación de la Convención Americana, sino también para determinar cómo debía aplicarla en las relaciones con los individuos, no se duda, que soberanamente quiso reconocer autoridad y entidad a los fallos que aquella

emitiera, para que fueran autoejecutables en el sistema normativo interno. No puede perderse de vista que, este reconocimiento de competencia se hizo por tiempo indefinido y existió reserva sobre el derecho de hacer cesar la competencia en el momento en que los considerara oportuno.

Así, el operador jurídico interno debe verificar que si el Estado colombiano, hasta el momento no ha hecho cesar la competencia de la Corte Interamericana, por ningún medio, es porque existe una consolidación de voluntad, frente a los efectos vinculantes que quiso otorgar a las producciones normativas del tribunal regional, al momento de aceptar su competencia.

Esa unidad de sentido que se logra, entre el art. 23.2 y la jurisprudencia interamericana, en general, respecto a la posibilidad de limitar los derechos políticos del servidor público elegido por voto popular, por la única vía de una condena en un proceso penal, fue recogida en la sentencia del 8 de julio de 2020. En esta, el hecho de que el Estado colombiano haya sido parte demandada, dentro del litigio que dio lugar a su producción, adquiere una connotación especial y debe ameritar un análisis particular por el juez contencioso administrativo.

Lo anterior, en razón a que, existe el deber para los Estados que hayan reconocido la competencia de la Corte Interamericana, de cumplir sus decisiones, en todos los casos, en los cuales, sean parte, tal y como lo ordena

el art. 68.1 de la Convención Americana. En este análisis, el operador jurídico interno, no puede olvidar que ha sido la propio Corte Constitucional la que, en las últimas tendencias jurisprudenciales, ha planteado la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana, en las que, ha resultado involucrado el Estado colombiano como parte del litigio internacional.

Significa lo anterior, que el juez contencioso administrativo, cuenta con una herramienta adicional para discernir que el acto administrativo demandado, con el cual, la Procuraduría destituyó e inhabilitó a un servidor público elegido por voto popular, violó la *norma superior integrada*, en la que debía fundarse, pues en el tema que se estudia, como una de las fuentes del derecho que debe observar, está el fallo del 8 de julio de 2020.

Recuérdese que este fallo aborda los deberes que le corresponden cumplir a las autoridades del Estado declarado responsable en el escenario regional; dentro de dichas autoridades, se encuentra el poder judicial del ámbito doméstico. Esos deberes que, se dilucidan a partir de la figura del control de convencionalidad, exigen que, los jueces y tribunales nacionales a la hora de seleccionar las normas con las cuales van a resolver el caso, las cotejen, contrasten y revisen en relación con la unidad de sentido existente entre el art. 23.2 de la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana encargada de interpretarlo. De esta manera, si encuentran que, la aplicación de la normativa nacional, puede entrañar alguna violación al art.

23.2 de la Convención Americana, está en la obligación de no aplicarla, por ser *inconvenional*.

En la terminología del modelo constitucional colombiano, lo anterior, tendría cabida, por la vía de la excepción de inconstitucionalidad. Si, como se ha demostrado, la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana son obligatorias en el ordenamiento jurídico interno y lo son, por estar incorporadas a la Constitución Política de 1991, su violación acarrea el desconocimiento de la norma receptora, esto es, de la *norma superior integrada*.

En términos kelsenianos, el juez alcanzaría a consolidar un solo ordenamiento jurídico soberano, reflejado en sus providencias judiciales, al lograr unidad de sentido interpretativa, esto es, un monismo coherente y sistematizado entre la norma nacional y la internacional (Kelsen, 1960). A partir de los planteamientos de Robert Alexy, el operador jurídico habrá encontrado, por la vía de excepción, que la norma que le servía para resolver el caso, adolecía de los requisitos sustanciales que permitieran predicar su validez; es decir, presentaba problemas de incoherencia o contradicción respecto de valores superiores; todo esto, frente a las Leyes 2094 de 2021 y 734 de 2002.

Así las cosas, por la vía de la excepción de la inconstitucionalidad, dentro de la cual, camina el control de convencionalidad *ex officio*, el juez de lo

contencioso administrativo puede arribar a la conclusión que el fallo de la Procuraduría que limita los derechos políticos del servidor público elegido por voto popular, se erige en una violación a la norma superior en la que debía fundarse.

Esa norma superior es, sin duda el art. 40 de la Constitución Política de 1991 que, si bien contempla el contenido del derecho a elegir y ser elegido, nada dice respecto de las opciones constitucionales, que resulten válidas y legítimas para limitarlo. Comoquiera que la Corte Constitucional ha dicho que el mencionado derecho es fundamental, con base en toda la axiología constitucional, dicha fundamentabilidad debe estar decantada, además, por la unidad de sentido lograda entre el art. 23.2 de la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana dictada en este sentido y, particularmente, por el fallo del 8 de julio del 2020.

La integración y armonización entre el derecho internacional y el derecho nacional, hace que la condena por juez penal, sea el único motivo que opera de manera exclusiva y excluyente, como posibilidad de limitar los derechos políticos de los ciudadanos dentro del territorio; por lo que, dicha opción de limitación, también entraría a hacer parte de la fundamentabilidad del derecho. Que el juez deje de aplicar las Leyes 2094 de 2021 y 734 de 2002, no significa que desaparezcan del sistema jurídico; las mismas seguirán siendo válidas, hasta tanto la Corte Constitucional no las declare inexecutable en el tema que

se estudia. Esta situación obligaría a los demás jueces a que adopten la misma solución mientras ello sucede.

La importancia de que sea un juez penal quien limite los derechos políticos de un funcionario público nombrado por el pueblo hunde sus raíces en la necesidad de optimizar el núcleo esencial del derecho de elegir y ser elegido, teniendo en cuenta que el mismo goza de naturaleza *ius fundamental*.

Así las cosas, los jueces de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puedan resolver la causal de incompetencia del Ministerio Público en el medio de control y nulidad y restablecimiento del derecho, con hermenéuticas tendientes a (i) la defensa del modelo constitucional; (ii) la optimización en grado mayor de los derechos inalienables de los individuos; (iii) la garantía de la unidad de sentido o unidad normativa entre las previsiones normativas nacionales y las internacionales.

Justamente, Derecho como integridad propuesta por Ronald Dworkin (1988), exige que el ordenamiento jurídico opere como una persona moral íntegra, que, mediante el respeto a los principios de equidad, legalidad y justicia, de manera coherente tiendan a la legitimación de la democracia. Bajo esta posición, las leyes deben responder a una concepción coherente de justicia pública.

El derecho más allá de ser un conjunto de normas es un conjunto de principios. Las decisiones públicas están justificadas si respetan los principios que se valoran de acuerdo a su fuerza argumentativa o su peso específico. Para resolver las controversias en materia de interpretación, Dworkin propone acudir a la argumentación bajo la cual, las distinciones entre los criterios no se produzcan al azar, sino que responda a razones públicas y justificadas, siendo una de las más importantes la democracia.

Comoquiera que, para Dworkin, el ciudadano debe tomar un papel activo frente al derecho y debe colaborar con la construcción de la tarea colectiva de justificación y crítica de las decisiones públicas, se concluye que la Ley 734 de 2002 y la Ley 2094 de 2021, en torno a la facultad de la Procuraduría de destituir funcionarios públicos elegidos por voto popular, no está justificada y tampoco es legítima en una sociedad democrática, porque no respetan el principio de integridad o coherencia del sistema jurídico, de cara a las cláusulas constitucionales que, al incorporar el derecho internacional en el derecho doméstico, aceptan el carácter vinculante de las interpretaciones de organismos establecidos por la comunidad internacional para interpretar el contenido y alcance de cláusulas convencionales, como sucede con el precedente interamericano.

El papel de los jueces en una sociedad democrática exige una posición activa en defensa de la Constitución y los derechos fundamentales. En este

contexto, Oscar Mejía Quintana (2005) alude las figuras de la desobediencia civil y la insumisión ciudadana, que plantean la asimilación constitucional de la disidencia, frente a posturas tradicionales, entre otras cosas, sobre el contenido del derecho a elegir y ser elegido y que “pone fin a la reproducción de poderes instrumentales y excluyentes”. (Mejía, 2005, p. 5)

Estas posturas han permitido el estudio del derecho a elegir y ser elegido, a partir del entendimiento de la Carta Política en sentido material, esto es, llena en su contenido de principios y valores constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el concepto de democracia, que puede ser abordada desde su perspectiva histórica, teleológica, fundacional y filosófica.

CONCLUSIONES

Este documento de investigación inició por indagar la manera, mediante la cual, se debían configurar las causales consagradas en el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior”, con fundamento en el precedente interamericano, para la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la decisión de la Procuraduría que destituye a un servidor público elegido por voto popular.

Lo que, en un principio fue la hipótesis, se convirtió en la tesis central del documento y afirma que los arts. 1, 2, 4, 5, 93.2 y 94 de la Constitución Política de 1991 permiten la incorporación del precedente interamericano con carácter obligatorio y vinculante en el ordenamiento jurídico nacional, por la vía del bloque de constitucionalidad, la excepción de inconstitucionalidad y, dentro de ésta, la materialización del control de convencionalidad; herramientas con las cuales, se dilucida la norma superior integrada respecto al núcleo esencial del derecho a elegir y ser elegido, que se estima violada con el fallo de la Procuraduría que destituye e inhabilita a un servidor público elegido por voto popular.

Así las cosas, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho invocado por servidores públicos elegidos por voto popular, la causal de funcionario sin competencia al ser interpretada a la luz del precedente interamericano se configura cuando es la Procuraduría quien destituye a ese servidor público, teniendo en cuenta que el precedente interamericano en torno al art. 23.2 de la Convención Americana, únicamente, faculta al juez penal para estos efectos y no a cualquier autoridad administrativa, aun cuando ésta ostente facultades jurisdiccionales o se dote al procedimiento de algunas garantías de un juicio justo.

En este escenario, incluso, podría proponerse la emisión de una nueva ley que otorgue a la Procuraduría, la facultad penal para destituir a los

servidores públicos elegidos por voto popular; no obstante, tal solución se muestra incoherente en relación con la teleología y axiología que emerge del precedente interamericano, comoquiera que la competencia exclusiva del juez penal para proceder a tal destitución descansa en las garantías estrictas del juicio justo que surgieron en el contexto del derecho penal liberal y que hunde sus raíces en los planteamientos de Cesare Beccaria y han sido fortalecidas por los Estados de Derecho en el mundo y por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

De esta manera, garantías como la presunción de inocencia, onus probandi a cargo del ente persecutor, defensa material y técnica, juez independiente e imparcial, no autoincriminación, non bis in ídem, doble instancia, no reformatio in pejus, ilicitud de la prueba obtenida con violación de garantías fundamentales, principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de acto y no de autor, principio de lesividad y mínima intervención son garantías que, si bien, deben ser observadas en todas las aristas del derecho sancionatorio, se debe resaltar que sólo en el proceso penal son observadas y acatadas con carácter estricto y riguroso.

A la tesis expuesta de que la Procuraduría no ostenta la competencia para destituir a servidores públicos elegidos por voto popular, se arribó con el cumplimiento de los objetivos propuestos, ya que, con el primer capítulo, se puso en evidencia el estado actual del sistema fragmentado, disperso e

inseguro de los alcances del precedente interamericano en las providencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y la manera cómo este entendimiento incidía en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual, se había limitado a las previsiones jurídicas del derecho nacional, con abierto desconocimiento de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano, al suscribir la Convención Americana y aceptar la competencia de la Corte Interamericana.

Como antítesis, en el segundo capítulo, se hizo un análisis de la sentencia de la Corte Interamericana del 8 de julio del 2020 en el caso *Petro Urrego Vs Colombia*, lo que permitió poner en evidencia los siguientes aspectos:

(i) la condena por juez penal en el ámbito de un proceso penal restringe los derechos políticos de quien es elegido por voto popular; (ii) esa posibilidad de limitación es exclusiva y excluyente; es decir, se erige bajo la fórmula de *numerus clausus* y no bajo el entendimiento de *numerus apertus*; (iii) la destitución e inhabilidad de un servidor público elegido por sufragio, son formas de limitación de sus derechos políticos, por lo tanto, la única posibilidad que tiene el Estado para proceder a tales determinaciones, es que un juez penal las adopte como condena en un proceso penal; (iv) una autoridad administrativa o de otro carácter que no sea de naturaleza penal, no es competente para limitar los derechos políticos de los servidores nombrados en virtud del voto popular y, en este contexto, no podría, ni destituir ni inhabilitar;

(v) los Estados tienen un margen de discrecionalidad en cuanto a establecer los sistemas democráticos; empero, tal prerrogativa no puede llevarlos a entender que pueden hacer flexible el carácter restringido y cerrado del art. 23.2; (vi) si los Estados consagran opciones de limitación de los derechos políticos, por fuera de las señaladas de manera estricta en el art. 23.2 de la Convención Americana, se erige una violación a este precepto e incurren en hecho ilícito internacional generador de responsabilidad estatal en el ámbito regional; (vii) como forma de no repetición -y modalidad de reparación integral- el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, a fin de hacerlo compatible con las obligaciones asumidas al suscribir la Convención Americana.

A manera de síntesis, en el tercer y último capítulo se aportaron los argumentos teóricos y jurídicos que permitirían la configuración de las causales de “funcionario sin competencia” y “violación de una norma superior” para la procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con fundamento en la propuesta de obligatoriedad del precedente interamericano, a la luz del art. 93 de la Constitución Política que incorpora la figura del control de convencionalidad.

REFERENCIAS

- Adén, C. (2012). Artículo 23, Derechos Políticos. En E. Alonso, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su Proyección en el Derecho Argentino* (págs. 389-412). Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Aguiar, A. (1985). La responsabilidad internacional del Estado por violación a derechos humanos. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 9-46.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Anónimo. (26 de marzo de 2021). Los cambios al Código Disciplinario con los que se pretende resolver limbo del caso Petro. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/congreso/administracion-publica/los-cambios-al-codigo-disciplinario-con-los-que-se>
- Amaya, J. (2016). Tensiones entre decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos. *Revista Lex No. 18*, 21-33.
- Arévalo, L. (2016). El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Colombia. Avances y retrocesos. *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, 86-104.
- Arlettaz, F. (2017). La obligatoriedad en el plano interno de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos. *Lecciones y ensayos*, 17-50.

- Azula, C. (2019). *Manual de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis.
- Barbosa, A. &. (2019). La restricción de los derechos políticos en Colombia por autoridades administrativas de control a la luz del artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica. *Universidad Javeriana*, 30-55.
- Baxter, R. (1980). El derecho internacional en su variedad infinita. *The International and Comparative Law Quarterly*, 549-566.
- Botero, A. (2007). *Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución*. *Revista Pensamiento Jurídico* (20), pp. 91-102, pág. 92. Recuperado de: [<https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38627>]
- Brewer, A. (2012). El ilegítimo control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 355-387.
- Caballero, J. (2014). La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 307-327.
- Carmona, J. (2011). La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso México. En S. &. García, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana* (págs. 245-290). Ciudad de México: UNAM.

- Carcamo, M. (2016). *Limitaciones a derechos políticos y electorales en la Convención Americana de Derechos Humanos y en Colombia*. Cartagena: Universidad de Cartagena.
- Castañeda, S. (2002). El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución. En R. Méndez, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 211-213). México: UNAM.
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. (2015). *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Dejusticia.
- Chiovenda, G. (2001). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México: Ediciones Jurídica Universitaria.
- Couture, E. (2005). *Estudios de Derecho Procesal. La Constitución y el Proceso*. Tomo I: Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Cubides, J. & Pinilla, J. (2016). El control de constitucionalidad: Construcción Dogmática en Colombia y Argentina En J. A. Cubides-Cárdenas, J. E. Pinilla-Malagón, J. Torres-Ávila & G. Vallejo-Almeida. *Derecho público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos* (pp. 83-121). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Dalla, V. A. (2011). Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Tribunal Electoral del poder judicial de la Federación*, 15-79.

- Del Toro, M. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 513-549.
- Devis Echandía, H. (1987). *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*, Tomo I. Medellín: Dike, 1987.
- Domingo, J. (2010). *La potestad disciplinaria en la jurisprudencia. Jurisprudencia de la sala contencioso administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni
- Dworkin, Ronald. (1988). *El imperio de la justicia*. Madrid: Gedisa.
- Enriquez, P. (2015). La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 111-139.
- Fastenrath, U. (1993). Relativ normativity in international law. *European Journal of International Law*, 335-354.
- Ferdinandusse, W. (2006). *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*. Cambridge University Press. Traducción libre.
- Forero, J. (1991). Derechos y Deberes en la Constitución de 1991. *Una mirada Constitucional veinte años después*. Bogotá, Colombia: Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre.
- Forero, J. (2000). *De las pruebas en materia disciplinaria*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Forero, J. (2001). *Vicisitudes del proceso disciplinario*. Bogotá, Colombia: Personería de Bogotá.

- Forero, J. (2002). Alternativas constitucionales para enfrentar la corrupción administrativa. *Revista Nueva Época*, (16). 205.
- Forero, J. (2003). *Principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores públicos y particulares disciplinables: análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, con especial referencia a la ley 734/2002, de febrero 5, Código Disciplinario Único: Un estudio de Derecho disciplinario comparado*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Forero, J. (2003). *Manual de Derecho disciplinario de los servidores públicos y particulares disciplinables. Análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal de la Ley 734/2002, de febrero 5. (Código Disciplinario Único)*. Bogotá, Colombia: Casa Editorial Grupo Ecomedios.
- Forero, J. (2004). Principios y garantías constitucionales estatales: Análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal desde la perspectiva del derecho disciplinario autónomo. *Revista Nueva Época*, (23). 77 - 104.
- Forero, J. (2004). *Código Disciplinario Único (ley 734 de 2002). Concordado y comentado jurisprudencia y doctrina, segunda edición*. Bogotá, Colombia: Personería de Bogotá.
- Forero, J. (2006). Garantías Constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores Estatales: Análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo. *Revista diálogos de saberes*, (25). 211 – 238.

- Forero, J. (2006). Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. La influencia del derecho comparado. *Revista Innova*, (12). 15 – 16.
- Forero, J. (2006). Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: Análisis derivado desde la óptica del derecho disciplinario autónomo. *Revista Diálogos de Saberes*, (25). 211 – 237. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1972>
- Forero, J. (2007). *Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción*. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación -Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Forero, J. (2007). Los municipios y sus divisiones administrativas. *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial en Colombia?* Bogotá, Colombia: Universidad de Cádiz, Universidad Libre (Colombia) y Junta Andalucía.
- Forero, J. (2009). El Control disciplinario. Clave en la construcción de un Estado constitucional, social y democrático de derecho. *Revista Criterio Jurídico Garantista*, 1 (1), 114 – 119. doi: <http://dx.doi.org/10.26564/21453381.297>
- [Forero, J. \(2009\). Alternativas constitucionales para enfrentar la corrupción administrativa en Colombia.](#) *Lecciones de Derecho disciplinario Volumen 12*. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público.

- [Forero, J.](#) (2009). Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal desde la óptica de un Derecho disciplinario autónomo. *Lecciones de Derecho disciplinario Volumen 3*. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Forero, J. (2009). El control disciplinario, clave en la construcción del Estado Constitucional colombiano. *Revista "Criterio jurídico garantista"*, (1). 272. Recuperado de <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/download/297/280>
- Forero, J. (2010). Hacia la excelencia en la Administración Pública colombiana. *Revista Diálogos y saberes*, (33). 13 – 34. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/2004>
- Forero, J. (2010). El control disciplinario, clave en la construcción de un Estado Constitucional, Social y democrático de Derecho. Colección especializada. *Ensayos sobre Derecho Disciplinario Tomo I*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Forero, J. (2011). Garantía de los derechos fundamentales de los Servidores Públicos y cumplimiento de sus deberes funcionales. *Ensayos sobre Derecho disciplinario tomo II*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nuevas Jurídicas.

- Forero, J. (2011). Fundamentos constitucionales del Derecho Disciplinario en España y en Colombia. *Defensas de tesis doctorales*. Bogotá, Colombia: Centro de Investigaciones de la Universidad Libre.
- Forero, J. (2011). *Fundamentos Constitucionales de la Potestad Disciplinaria de Estado Colombiano. La influencia del Derecho comparado*. Bogotá, Colombia: Departamento de publicaciones de la Universidad Libre.
- Forero, J. (2012). Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del estado colombiano. La influencia del derecho comparado. Procuraduría General de la Nación. *Reflexiones académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal volumen III*. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Forero, J. (2012). Estudio especial. Bases teóricas del Derecho Disciplinario en España y en Colombia. *Colección Jurídica Disciplinaria ICDD volumen I*. Bogotá, Colombia: Nueva Jurídica
- Forero, J. (2012). Límites Procesales de la Potestad Disciplinaria del Estado Colombiano. *Temas Contemporáneos de Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá, Colombia: Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad Libre.
- Forero, J. (2012). Contribución y nuevos aportes del Derecho Disciplinario Español al Derecho Disciplinario Colombiano. *Colección Jurídica Disciplinaria ICDD Volumen III* (pp.281 -293). Bogotá, Colombia: Nueva Jurídica.

- Forero, J. (2013). Carácter Utópico de los Derechos Humanos dentro de sociedades en transición. *Revista Nueva Época*, (40). 251.
- Forero, J. (2013). El control disciplinario y la construcción del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho colombiano. *Revista Nueva Época*, (41). 250.
- Forero, J. (2014). Visión constitucional del Derecho Disciplinario y de las Relaciones Especiales de Sujeción. *Reflexiones académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal volumen V*. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Forero, J. (2014). El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial referencia al Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho Español. *Revista Verba Iuris*, (34). 91 – 114. doi: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.31.59>
- Forero, J. (2015). Elementos del derecho Disciplinario. *Revista Nueva Época*, (45). 238.
- Forero, J. (2015). Aproximación al control de convencionalidad en el Derecho Disciplinario colombiano. *Revista Nueva Época*, (46). 151 – 180.
- Forero, J. (2015). El proyecto de reforma a la ley 734 de 2002: ¿hacia la consolidación de una dogmática del derecho Disciplinario en Colombia? *Reflexiones académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal volumen VI*. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público.

- Forero, J. (2016). La protección constitucional de las víctimas en Colombia, desde la óptica del derecho disciplinario, con énfasis en la garantía consagrada en la ley 1448 de 2011. *Revista Verba Iuris*, (35). 85 – 95. doi: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.7>
- Forero, J. (2016). Control de constitucionalidad como garantía jurisdiccional de la función legislativa. Desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, desde la perspectiva de derecho constitucional español y colombiano. *Revista Republicana*, (20). 117 – 144. doi: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2016.v20.a5>
- Forero, J. (2016). La moralidad administrativa en el ámbito del Estado Constitucional colombiano: Realidad o utopía. *Perspectivas críticas del Derecho constitucional colombiano* (pp.13 – 36). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Libre.
- Forero, J. (2016). Fundamentos constitucionales del Derecho procesal disciplinario. *Temas de Derecho procesal tomo I* (pp. 153 – 186). Bogotá, Colombia.
- Forero, J. (2017). *Una aproximación al recurso extraordinario de Casación Penal desde la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia- Admisibilidad, errores y causales*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre de Colombia.
- Forero, J. (2017). Ethos funcional, moral administrativa y Derecho disciplinario. *Colección Jurídica Disciplinaria ICDD Volumen X* (pp.131 – 151). Bogotá, Colombia: Editorial Nueva Jurídica.

- Forero, J. (2018). *Configuración del Derecho disciplinario como objeto de estudio particular de la Ciencia Jurídica y como rama independiente en el campo del Derecho Sancionador*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Forero, J. (2019). Sistema de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos en Colombia. *La representación del servidor público en Colombia* (pp. 129- 150). Bogotá, Colombia.
- Forero, J. (2019). Derechos Humanos, enfoque diferencial y construcción de paz. Breves reflexiones desde una visión constitucional. *Revista saber, ciencia y libertad*, (14).
- Forero, J. (2019). Código General Disciplinario: la reforma en contexto. *Ámbito jurídico*, (508). Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/procesal-y-disciplinario/codigo-general-disciplinario-la-reforma-en-contexto>
- Forero, J. (2020). Constitucionalismo transicional colombiano Aproximación a los enfoques diferenciales en escenarios de construcción de paz. *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz* (pp. 489). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Forero, J. (2020). Derecho constitucional sancionador clave en la mitigación de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus Covid –19. *El derecho en tiempos de pandemia* (pp. 251 – 272). Bogotá, Colombia: Universidad Libre.

- García, S. (2001). *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. Ciudad de México: UNAM.
- García, S. (2016). Sobre el control de convencionalidad. *Pensamiento constitucional*, 173-186.
- García, S. (2018). *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Gaviria, E. (2005). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis.
- Gialdino, R. (2017). Incumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema Argentina. *Estudios Constitucionales*, 491-532.
- Gómez, C. (2006). La ilicitud sustancial. En Maya, E., Gómez, C. & Barón, E., *Lecciones de derecho disciplinario Volumen I* (pp. 17 – 38). Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Gómez, C., & Molano, M. (2007). *Las relaciones especiales de sujeción*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, C. (2009). Cuaderno de Derecho Disciplinario. Líneas Doctrinales N° 1, Control Contencioso y Justicia Disciplinaria y Lecciones de Derecho Disciplinario. Artículo “Consideraciones sobre la sistematicidad normativa del derecho disciplinario y sus implicaciones en el contencioso administrativo. En Ludwig, M., Gómez, C., & Sánchez, E.

- (Coord. (s)). Bogotá: Procuraduría General de la Nación – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario.
- Gómez, C. (2009). *Elementos y propuesta para el control contencioso administrativo de la actividad disciplinaria*. Bogotá, Colombia: Nueva Jurídica e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario.
- Gómez, C. (2012). El derecho disciplinario como disciplina jurídica autónoma. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, (403), 79 – 91.
- Gozaíni, O. (2008). Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. En R. & Berizonce, *El papel de los Tribunales Superiores* (págs. 300-347). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- González, O. (2016). *Los derechos políticos Vs las potestades de la Procuraduría General de la Nación*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Hans, Kelsen. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- _____. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Fundación Konrad Adenauer.
- Inarra, L. (2019). La limitación constitucional a la reelección de autoridades ejecutivas, su convencionalidad y legitimidad popular. *Razón crítica*, 237-255.

- Hitters, J. (1999). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ediar.
- Hitters, J. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y de convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 131-156.
- Hurtado, W. (2018). Estándares Interamericanos para la restricción de derechos políticos desde el Derecho Sancionatorio: Impeachment, control fiscal y disciplinario. *Revista Internacional de Justicia Constitucional*, 141-152.
- Krúpskaya, R. (2015). *La responsabilidad internacional del Estado por violación de obligaciones de protección de derechos humanos*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- López, D. y Sánchez, A. (2008). La armonización del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho penal colombiano. Bogotá: International Law. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. No. 12 enero-junio, 2008. p. 323. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/11LAARMONIZACIONDELDERECHOINTERNACIONAL.pdf
- Martínez, G. (2019). *Aplicación del Derecho Internacional por los Jueces y Tribunales Nacionales*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

- Mejía, O. &. (2005). Nuevas Teorías de la Democracia. De la Democracia Formal a la Democracia Deliberativa. *Revista Colombia Internacional*, 12-31.
- Mejía J., Becerra J., Flores R. (2016). *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*. Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio.
- Mendieta, David. *La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia*. *Revista Vniversitas* (120) pp. 61-84, 2010, pág. 64. Recuperado de [<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a03.pdf>]
- Mijangos, J. (s.f.). *Breves notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los Tribunales Federales Mexicanos*. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24496.pdf>
- Monroy, M. (2018). *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis.
- Nash, C. &. (2009). Reseña de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Revista Anuario de Derechos Humanos*, 123-133.
- O'Donnell, D. (1989). Protección internacional de los derechos humanos. *Comisión Andina de Juristas*, 487-490.
- Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional. Facultad de Derecho, Universidad Libre de Colombia. (s.f.). *Amicus Curiae. Escrito de Observaciones con relación a la solicitud de Opinión Consultiva elevada*

a la Corte Interamericana por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Bogotá: En:

[<http://www.unilibre.edu.co/bogota/pdfs/2018/amicus.pdf>].

Olano, Hernán. (2016). Teoría del control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, 61-94.

Ortiz, M. (2021). El revolcón en las sanciones a funcionarios elegidos por voto. *El Tiempo*. En:

[<https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/proyecto-de-ley-de-la-procuraduria-sobre-sanciones-contrafuncionarios-elegidos-por-voto-558401>]

Paniagua, R. (1998). Aproximación conceptual al derecho internacional público. *Anuario español de Derecho Internacional*, 321-379.

Parra, O. (2017). *La lucha por los derechos humanos hoy*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pastor, J. (1973). La fundamentación del derecho de gentes y la jurisprudencia internacional. *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 77-99.

Pastor, J. (1983). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Técnos.

Pinzón, J. (2018). *La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.

Procuraduría General de la Nación (PGN). (2021). *La Procuraduría General de la Nación y la Convencionalidad. Un camino para interpretaciones*

armónicas y sistemáticas. Bogotá D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Reyes, J. (2009). La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 147-173.

Rincón, T. (2014). Ciudadanía sin derechos políticos ¿Una ciudadanía cercenada? *Revista Criterio Jurídico Garantista*, 28-43.

Ríos, L. (2017). El canon europeo e interamericano de la privación del sufragio pasivo. *Cuestiones constitucionales*, 109-141.

Roa, D. (2010). *Construcción dogmática del derecho disciplinario. Influencia de la jurisprudencia del consejo de Estado colombiano*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.

Roa, D., & Ferrer, H. (2008). *Aspectos sustanciales y procesales de la ley disciplinaria*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Roa, D., & Ossman, J. (2011). *Relaciones Especiales de Sujeción en el Derecho*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Axel.

Roa, D. (2012). La jurisprudencia del Consejo de Estado y sus recientes aportes al Derecho Disciplinario. *Derecho Penal y Criminología*. 33 (94). 97 – 126. Recuperado de

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3261>

Roa, J. (2015). *La aplicación nacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre derechos políticos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Constitucional.

- Ostau, R. (2011). Perspectivas del control judicial del acto administrativo disciplinario en Colombia. En Bautista Cely, M. L. & Raquel Dias, D. S. (Coord.(s)). *Derecho disciplinario internacional: estudios sobre formación, profesionalización, disciplina, transparencia, control y responsabilidad de la función pública*. Belo Horizonte, Brasil: Fórum.
- Picado, S. (2007). *Derechos Políticos como Derechos Humanos*. En *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina — 2ª ed. — México* : FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007
- Pizarro, A. & Méndez, F. (2006). *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos*. Panamá: Universal Books.
- Quinche, M. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, num. 12, 163-190.
- Salgado, E. (2017). *La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos*. Ciudad de México: UNAM.
- Sánchez, A; García, G; Fuente, C. (2019). Sistemas Regionales de Derechos Humanos. *Derecho y Cambio Social*, 8-23.
- Suárez, I. (2015). *Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano*. Chía: Universidad de la Sábana.

Ventura, M. (2006). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos. *Agenda Internacional*, 93-133.

Villalba, J. &. (2014). Reflexiones sobre el caso Petro. *Prolegómenos. Derechos y valores*, 9-12.

Villamil, P. (1999). *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.

Weil, P. (1983). Towards relative normativity in international law. *American Journal of International Law*, 413-442.

Jurisprudencia Interamericana

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de agosto de 2008). Caso Castañeda Gutman Vs. México.

_____. (1 de septiembre de 2011).

Caso López Mendoza Vs. Venezuela.

_____. (8 de julio de 2020). Caso

Petro Urrego Vs. Colombia.

_____ caso Almonacid Arellano Vs

Chile, 2006

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional- Sentencias de constitucionalidad

C-417, 1993.

C- 067, 2003.

C-329, 2003.

C-873, 2003.

C-028, 2006.

C-370, 2006.

C-715, 2012.

C-500, 2014.

C-327 de 2016

C-042, 2017

SU-077, 2018

C-111, 2019.

Corte Constitucional- Sentencias de unificación

SU-132, 2013.

SU-712, 2013.

SU-355, 2015.

SU-077, 2018.

Corte Constitucional- Sentencias de tutela

T-045, 1993.

T-1337, 2001. T-1050, 2002.

T-358, 2002.

T-1050, 2002

T-066, 2015.

Jurisprudencia Contencioso Administrativa

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. (10 de febrero de 2011) Rad. No. 25000-23-25-000-2002-11803-01(5209-05).

_____Caso Gustavo Francisco Petro Urrego,
Expediente 250002342000201306871-01 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón 5 de marzo de 2014).

_____Caso Piedad Esneda Córdoba Ruíz,
Expediente: 110010325000201100316 00 (Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: William Hernández Gómez 9 de agosto de 2016).

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2013-07052-00, enero, 13, 2014.

En: http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2014/01/Fallo-Tribunal-administrativo-Cundinamarca-G.Petro_.pdf

Normatividad internacional

Organización de Estados Americanos. (7 al 22 de noviembre de 1969).

Convención Americana de Derechos Humanos . Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Recuperado de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm].

Organización de Estados Americanos. (s.f.). *Estado de firmas y ratificaciones.*

Convención Americana de Derechos Humanos. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#

Colombia:

Organización de las Naciones Unidas. (26 de junio de 1945). *Carta de las*

Naciones Unidas. Obtenido de <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

Organización de las Naciones Unidas. (23 de mayo de 1969). *Convención de*

Viena sobre el derecho de los tratados. Obtenido de https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (31 de diciembre de 1986). *Convención*

de Viena sobre el derecho de los tratados. Obtenido de <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>

Normas nacionales

Constitución Política de 1991.

Ley 734 de 2002.

Ley 1437 de 2011.

Ley 2094 de 2021.