

La sanción disciplinaria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas frente a la Convención Americana de Derechos Humanos

Álvaro Alfonso Patiño Yepes⁵

Raúl Montezuma Enríquez⁶

Resumen

El presente escrito expone algunos argumentos que permiten visualizar la controversia existente en relación con la potestad para sancionar con inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos a los ciudadanos colombianos y la garantía de que dicha inhabilidad solo sea producida mediante sentencia penal ejecutoriada, garantía plasmada en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para ello, se inicia presentando de manera breve algunos aspectos históricos propios de la figura de la institución de la Procuraduría General de la Nación y sus funciones, hasta llegar al modelo adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Con referencia al tema objeto de controversia, se hace un análisis del porqué, pese a existir una norma convencional contraria, la Corte Constitucional colombiana declaró la constitucionalidad de tal potestad sancionatoria.

⁵ Universidad Mariana. Correo electrónico: apatino@umariana.edu.co

⁶ Universidad Mariana. Correo electrónico: rmontezuma@umariana.edu.co

Lo anterior permite examinar conceptualmente las figuras del control de convencionalidad y constitucionalidad, con el fin de poder determinar el contenido de la obligación del Estado colombiano derivado del artículo 23 de la citada convención y así abordar el caso López Mendoza vs. Venezuela, fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: destitución, límites al ejercicio de derechos políticos, Procuraduría General de la Nación, sanción disciplinaria.

The disciplinary sanction of inability for the exercise of public functions against the American Convention on Human Rights

Abstract

This article exposes some arguments that allow to visualize the controversy between the power that allows to sanction with incapacity for the exercise of public positions to the Colombian citizens and the guarantee that this incapacity only is produced by execution criminal sentence, guarantee embodied in article 23 of the American Convention on Human Rights.

To do this, it begins by briefly presenting some historical aspects of the institution of the Office of the Attorney General and its functions, to the model adopted by the National Constituent Assembly of 1991. In reference to the subject of controversy an

analysis is made about why in spite of a contrary conventional norm, the Colombian Constitutional Court declared the constitutionality of such sanctioning power.

The above allows to examine conceptually the figures of the control of conventionality and constitutionality, in order to be able to study the content of the obligation of the Colombian State derived from article 23 of the aforementioned convention and thus address the case López Mendoza versus Venezuela, ruled by the Inter-American Court of Human Rights

Key words: dismissal, limits to political rights, Attorney General of the Nation, disciplinary sanction.

Introducción

El presente capítulo expone la dicotomía que plantea el diseño jurídico institucional de la Procuraduría General de la Nación, en especial con la facultad de inhabilitar para el ejercicio de cargos públicos como sanción disciplinaria, frente a la garantía consagrada con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la cual este tipo de inhabilidades solo pueden darse mediante sentencia judicial de carácter penal.

Pese a que se conocía esta garantía convencional, ni la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ni la Corte Constitucional, pudieron acoplar el ordenamiento jurídico e institucional interno al internacional, propiciando así un desconocimiento de las obligaciones del Estado, que no fueron corregidas ni siquiera en atención al bloque de constitucionalidad.

Ello implica un serio desajuste con las obligaciones internacionales del Estado colombiano, que a la fecha no ha sido superado, en la medida en que se sigue pensando en términos de soberanía estatal.

Metodología

Este escrito es el resultado de la investigación titulada *El control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad en Colombia, a partir de un estudio de caso: destitución del alcalde mayor de Bogotá D.C. Gustavo Francisco Petro Urrego*, financiada por la Universidad Mariana.

En su desarrollo se utilizó un paradigma de carácter cuantitativo, con un enfoque histórico-hermenéutico, utilizando un tipo de investigación documental y descriptiva. Las técnicas utilizadas fueron: fichas de resumen, descripción y análisis.

La Procuraduría General de la Nación y su poder disciplinante

La figura del Ministerio Público, y en ella la de la Procuraduría General de la Nación, tiene una larga tradición en nuestra historia político institucional. En efecto, desde la Constitución de 1830 se habla ya de ellos; desaparece en las constituciones de 1832 y de 1843, para reaparecer en la de 1853 y continuar en las de 1858, 1863 hasta llegar a la de 1886.

Si bien es cierto, no se tenía claridad sobre su ubicación institucional —algunas constituciones lo hacían en el poder ejecutivo, mientras que otras en el legislativo— lo cierto es que

sus funciones primordiales sí estaban meridianamente definidas: la defensa del Estado de derecho y de la moralidad de los funcionarios del Estado.

Siguiendo este derrotero, llega la Constitución de 1991, que en su título V – de la organización del Estado-, capítulo 1 – de la estructura del Estado- establece que, ahora, el Ministerio Público es un órgano de control, autónomo e independiente:

(...) ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. (Constitución Política de Colombia, Art. 118).

La norma constitucional le encarga al Procurador General de la Nación diez funciones, entre las que cabe resaltar las siguientes: (i) defender intereses colectivos, (ii) vigilar la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, e (iii) intervenir ante procesos y autoridades judiciales y administrativas (Art. 227).

Para su organización institucional, el legislativo colombiano expidió Ley 201 de 1995, modificada por el Decreto ley 262 de 2000; y para desarrollar una de las funciones constitucionales

asignada a la Procuraduría General de la Nación⁷ se hizo lo propio con la Ley 200 de 1995 y posteriormente por la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único.

Esta norma consagró que la potestad disciplinaria recae sobre el Estado, donde la acción disciplinaria está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, tipificando las conductas y sanciones sobre las cuales se ejerce dicha potestad. Para efectos del presente escrito, la sanción problemática es la consagrada en el artículo 44, numeral 1, como sanción la “[d]estitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima”, lo que implica:

- a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o
- b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o
- c) La terminación del contrato de trabajo, y
- d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera. (Congreso de Colombia, 2002, Art. 45, N.º 1).

Ahora bien, las siguientes normas del Código Disciplinario Único fueron demandadas en su constitucionalidad por ser violatorias de

⁷ “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” (Constitución Política de Colombia, 1991. Art. 277, N.º 6).

los derechos a la igualdad (Art. 13), al ejercicio de los derechos políticos (Art. 40) y al bloque de constitucionalidad (Art. 93), así como del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana)⁸:

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

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

(...)

Artículo 45. Definición de las sanciones.

1. La destitución e inhabilidad general implica:

(...)

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.

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

(...)

⁸ La norma de la Convención Americana establece: “Derechos Políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

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

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Dicho juicio de constitucionalidad fue resuelto por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-028 de enero de 2006, en la cual se declaró la constitucionalidad de las normas ya anotadas.

Para la Corte, al no existir ningún derecho fundamental de carácter absoluto, será el legislador el llamado a considerar sus límites, que para el caso subexamen se plasma en la facultad de establecer un régimen de inhabilidades frente al acceso y ejercicio de la función pública, derivada de los derechos políticos; tales limitaciones:

(..) se justifican esencialmente en la consecución de la prevalencia del interés general y de los principios que deben orientar el cumplimiento de la función pública, se reitera, todo ello en aras a la consecución de los fines estatales y de la transparencia y probidad de quienes ejercen la función pública, por ello, no podría decirse que con las normas acusadas se afectan dicho derecho, en la medida en que dicha restricción se encuentra justificada. (Corte Constitucional, 2006, N.º 6.3, párr. 4)

Con respecto a los cargos por violación del bloque de constitucionalidad y en especial de la Convención Americana, el tribunal constitucional utiliza una interpretación de carácter sistemática y teleológica, para poder superar la aparente contradicción, razón por la cual termina expresando que:

(..) la Corte considera que el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, en lo que concierne a la imposición de restricciones legales al ejercicio del derecho de acceder a cargos públicos por la imposición de condenas penales, siendo interpretado

sistemáticamente con otros instrumentos internacionales universales y regionales de reciente adopción en materia de lucha contra la corrupción, no se opone a que los Estados Partes en aquél adopten otras medidas, igualmente sancionatorias aunque no privativas de la libertad, encaminadas a proteger el erario público, y en últimas, a combatir un fenómeno que atenta gravemente contra el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, consagrados en el Protocolo de San Salvador. (Corte Constitucional, 2006, párr. 11).

Como se expresó en otra oportunidad, para la Corte Constitucional, la declaratoria de inconstitucionalidad de la facultad de inhabilitar el acceso y ejercicio de la función pública era demasiado costosa en términos político institucionales, por ello, la Corte acude a la problemática interpretación sistemática de los tratados internacionales.

Es problemática en la medida en que: (i) la interpretación sistemática que hace nuestro tribunal constitucional sobre la Corte de la Convención Americana no tiene cabida, ya que, según las reglas fijadas por la Convención de Viena sobre derechos de los tratados, si la norma es clara –como lo es el artículo 23 de dicho tratado- no tiene por qué acudirse a cualquier otro criterio; (ii) si el ejercicio de la función pública es un derecho humano y fundamental, su restricción debe ser extraordinaria, por ello, la Convención Americana exige que sea a través de un proceso penal – sin lugar a dudas el más garantista- y no a través de uno meramente administrativo como lo es el disciplinario; finalmente, (iii) el Estado colombiano debe respetar sus

obligaciones internacionales, como la es la emanada del artículo 23 de la Convención Americana, ya sea haciendo las modificaciones –en este caso constitucionales y legales- o que sus jueces la inapliquen vía control de convencionalidad.

Este último punto es el que se pretende explicar en mayor detalle, cómo es necesario –a nuestro juicio- hacer cambios institucionales y jurídicos con el fin de tener una coherencia, ya sea en términos del derecho internacional o del derecho doméstico, lo cual traería consecuencias en la medida en que en Colombia se ha elaborado una dogmática del derecho disciplinario para diferenciarlo del derecho penal.

Aquí es de observar que el derecho penal surge como última ratio y su fundamento normativo se entrelaza con la antijuridicidad material, entretanto que, el derecho disciplinario funge desde la perspectiva de la ilicitud substancial y, ciertamente, aunque comparte los elementos de tipicidad, ilicitud y culpabilidad propios del primero, la imposibilidad de trasplantar aquellos principios de manera directa a su operatividad de tiempo atrás ha sido rechazada, precisamente, porque el derecho disciplinario se cimienta en la antijuridicidad abstracta, pues su principal fundamentación viene precedida del buen funcionamiento en la administración del servicio que es interiorizado por el servidor público mismo; por lo contrario, el derecho penal basa su elemento determinante en la efectiva puesta en peligro o deterioro del bien jurídico tutelado.

En este sentido, es necesario aclarar que la relación que ata al sujeto disciplinable y al sujeto objeto de la procesabilidad

penal es totalmente diferente entre uno y otro. En materia penal existe una relación general de sujeción, pues la regulación normativa se extiende a toda la comunidad, mientras que en el derecho disciplinario la relación es de especial sujeción, ya que el objeto de la función disciplinaria es un sujeto cualificado: el funcionario público.

De lo mencionado, da cuenta exacta la aproximación conceptual que de ello hace la Corte Constitucional al manifestar:

Esta Corte también ha querido establecer las diferencias existentes entre dos modalidades del derecho sancionador –el derecho disciplinario y el derecho penal- con el fin de concretar los campos de acción que son propios de cada una de estas manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado. Para tal efecto ha señalado que no se puede afirmar la existencia de identidad de objeto ni identidad de causa entre estos dos tipos de derecho sancionador, pues la finalidad del proceso que se adelanta con fundamento en ellos es distinta y los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, así como el interés jurídico que se protege.

Lo más importante de esta diferenciación de finalidad, bienes protegidos e interés jurídico, es la conclusión según la cual en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario se juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético, destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública. En cambio, en el proceso penal las normas buscan, entre otras cosas, preservar bienes sociales más amplios. (Corte Constitucional, 2005, s.p.)

Los controles de convencionalidad y constitucionalidad

La recepción del concepto de control de convencionalidad en Colombia devino de la praxis realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH), al cumplir su función jurisdiccional confiada a ella en virtud de la Convención Americana.

Manuel Fernando Quinche (s.f.) afirma que dicho control es:

(...) una actividad judicial, operativa, tanto respecto de las leyes, como de los hechos, por lo que resulta posible hacer efectivo el carácter normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la de otros tratados públicos de los que conforman [tal sistema]. (s.p.)

Lo anterior implica que se trata de una herramienta para hacer operativa en el ámbito doméstico, las obligaciones emanadas de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte IDH. En la práctica, la primera vez que la Corte IDH habló de control de convencionalidad fue en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* del año 2006. Con este punto de partida, dicho tribunal ha ido construyendo – a partir de su jurisprudencia- las características del mismo:

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad

pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. (Corte IDH, s.f., p. 6)

La primera de estas características señala el contenido del control de convencionalidad, el cual puede ser de carácter concentrado – cuando lo hace la Corte IDH- o difuso – cuando lo hacen los jueces internos-. La segunda se deriva, en el caso específico de la Convención Americana, del deber estatal de adoptar las medidas internas para garantizar el goce de los derechos protegidos en ella y se refiera a cualquier autoridad pública, no solamente del nivel ejecutivo.

En virtud de la tercera característica, el juicio de convencionalidad incluye no solo el cuerpo normativo de la Convención Americana, sino de la jurisprudencia de la Corte IDH –bajo el entendido que es la interprete auténtica de ella- y de los demás tratados que componen el sistema interamericano. Igualmente, tal control debe efectuarse de manera oficiosa, en aras de garantizar las obligaciones internacionales a cargo del Estado, por ello, el examen de la normatividad interna, frente a los parámetros ya señalados, implicará la inaplicación consecuencia de su supresión, al ser contrarias a dichos parámetros o la interpretación de ella acorde a los mismos.

En el caso colombiano, la materialización de este control se ha dado a través de la labor de la Corte Constitucional mediante la aplicación directa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de manera indirecta al utilizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana; pero ello no solo se ha dado en la jurisdicción constitucional, sino que también se ha dado en la ordinaria, especialidad penal; o en la contenciosa administrativa, en el trabajo de la Sección Tercera del Consejo de Estado (Quinche, s.f, p. 20)

El otro control –el de constitucionalidad- hace referencia a que como órgano jurisdiccional puede expulsar del ordenamiento jurídico una ley por ser contraria a la constitución y fue elaborado por el constitucionalismo norteamericano en el célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803.

Marbury versus Madison asienta de una vez por todas el principio de supremacía constitucional. Es decir, la sentencia no refiere solamente el papel del juez ante la ley inconstitucional, sino que trata sobre todo del lugar de la Constitución frente a la ley y, por vía de consecuencia, frente al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución se impone en caso de que haya contradicciones entre su contenido y cualquier otra norma jurídica, nos dice Marshall en su sentencia. (Carbonell, 2006, p. 298).

Frente a este modelo de control constitucional, llamado difuso –en la medida en que cualquier juez puede hacerlo- surgirá el denominado concentrado, representado por la idea de Hans Kelsen de dotar al Estado de un juez especializado en materias constitucionales, y que en última decidiera la constitucionalidad de leyes:

En 1920, con la trascendental obra jurídica de Hans Kelsen, plasmada en la Constitución austríaca, se establecería el control constitucional sobre los actos del legislativo, con una variante sobre el sistema americano adoptado por la doctrina Marshall: Se optaba por la introducción de un sistema de control concentrado en un Tribunal Constitucional, el cual sería el encargado de velar por la guarda de la supremacía de la Constitución y conocer de los recursos incidentales que formularan prejudicialmente los funcionarios de administración de justicia. Los fallos que dictara el Tribunal Constitucional en el evento de formularse la cuestión prejudicial, tendrían efectos generales. (Nisimblat, s.f., p. 84).

Cabe resaltar que el control de constitucionalidad surgirá frente a la necesidad que no sea la ley el único árbitro del poder estatal. De allí que surja la constitución como norma suprema y fuente de todo el ordenamiento jurídico. Se trata, entonces, de un control jurisdiccional de carácter intenso que se superpone al control político, propio de otros aparatos estatales, que tienen diferentes funciones.

En el escenario colombiano, la idea de supremacía constitucional permeó las primeras constituciones. Por ejemplo, en la Constitución de 1886, la jurisdicción quedó centralizada en el Corte Suprema de Justicia, como instrumento de unificación jurisprudencial – vía casación- de los rezagos dejados por las cortes estatales del antiguo sistema federal. Bajo la forma de objeciones ejecutivas, esta constitución trae consigo la idea de control constitucional de leyes, las cuales debían ser tramitadas por el legislativo y si persistía el desacuerdo, por la Corte Suprema de Justicia.

El Acto Legislativo N.º 3 de 1910, crea formalmente la acción pública de inconstitucionalidad; aunque:

(...) el control judicial, que se venía moldeando desde la figura de las objeciones presidenciales, bajo el esquema antijudicial de la Constitución de 1886 y el mismo control que ya ejercían las cortes estatales y la corte federal, bajo la constitución de 1863, indican que lo destacado en la reforma de 1910 no parece ser la adopción de un control constitucional de estirpe netamente judicial, pues este ya había venido existiendo en Colombia, sino el espacio concreto para desarrollar los principios de participación y acceso a la justicia, ahora materializados como derechos que se desprenden del derecho de acceso a la acción misma y que se le confieren a la minoría política para el control de la ley y para servir de contrapeso a la fuerza, también tradicional, que se le había venido confiriendo a esta y al ejecutivo, en el esquema de limitada participación que planteaba el movimiento de la Regeneración. (Gómez-Pinto, 2011, p. 179).

Finalmente, cabe mencionar que la instauración en Colombia del control de constitucionalidad de carácter concentrado permitió superar el mero legalismo heredado de las constituciones anteriores a la de 1991. En efecto, la Corte Constitucional ha sido más ágil y más liberal que las demás cortes de cierre; sus funciones, bastante amplias –por cierto–, han hecho que cobre una gran importancia, cuya consecuencia directa ha sido la de ser un verdadero contrapeso al ejercicio arbitrario de las funciones de las otras ramas del poder público o de sus funcionarios. Para todos es conocido que la materialización de muchos derechos,

sobre todo a grupos marginados, no sería realidad sin la existencia de un tribunal constitucional (Quinche, s.f., pp. 18-19).

Las obligaciones del Estado colombiano frente a la Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana es un tratado internacional, eje arquimédico del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos. Colombia firmó dicha convención el 22 de noviembre de 1969 y la ratificó mediante Ley 16 de diciembre 30 de 1972, publicada el febrero 5 de 1973 y depositada el 31 de julio de 1973.

Ahora bien, para la ratificación de un tratado internacional, la Constitución prevé la participación de las tres ramas del poder público: El Presidente de la República es el encargado de negociar y firmar tratados internacionales con otros Estados o con organismos internacionales (Art. 189, N.º 2), los cuales debe someter al Congreso de la República para su aprobación mediante ley ordinaria (Art. 150, N.º 6); finalmente, será la Corte Constitucional la encargada de decidir la constitucionalidad del tratado como de la ley aprobatoria. Una vez agotado este procedimiento, podrá el ejecutivo hacer el canje de notas o depósito del instrumento para que el Estado colombiano se obligue internacionalmente.

Lo anterior implica que en Colombia no puede haber tratados internacionales contrarios a la Constitución y que una vez

ratificados hacen parte del ordenamiento jurídico interno. Por lo tanto, el conflicto entre ellos se resolverá como uno entre normas de igual jerarquía. Para Colombia, los tratados internacionales no tienen el carácter de supraconstitucional ni tampoco se les da un valor constitucional, a su vez, se entiende que un tratado jamás podrá derogar o modificar la Constitución, porque de aceptar dicho procedimiento se estaría contrariando el artículo 374 constitucional, puesto que los únicos medios para reformar o derogar la constitución es a través de una Asamblea Nacional Constituyente, por medio de un referendo o por parte del Congreso de la República.

Lo anterior tiene una excepción con base constitucional en el artículo 93, inciso 1 y 2, esto es el llamado bloque de constitucionalidad integrado por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Corte Constitucional, 1995, N.º 12).

La depuración jurisprudencial ha determinado que para que una norma internacional sea parte del bloque de constitucionalidad se requiere que sea un tratado internacional, que verse sobre derechos humanos y que estos no sean susceptibles de suspensión aun en estados de excepción. Al inicio, la Corte Constitucionalidad les había dotado de fuerza supra constitucional, pero a medida en que concretó el concepto, dio a tales normas el carácter paritario

con la Constitución, lo cual para el caso que nos ocupa es problemático.

En efecto, indiscutiblemente la Convención Americana hace parte del bloque de constitucionalidad, pero:

(...) la Corte ha manifestado que los tratados de derechos humanos deben ser interpretados “sistemática y teleológicamente” con la Constitución colombiana y, además, con otros tratados internacionales que guarden relación con la materia objeto de interpretación, pero que de ninguna manera dichos tratados pueden estar por encima del orden interno, a pesar de la expresa voluntad del constituyente manifestada en el inciso primero del artículo 93 de la Carta. En nuestro criterio, el máximo órgano constitucional colombiano incluye esta nueva teoría para no declarar inconstitucionales, tal vez por razones políticas, algunas leyes que son abiertamente contrarias al bloque, normas a las que nos referiremos más adelante. Además, con dicha teoría difícilmente se logra darle aplicación al principio de favorabilidad referido. (Reyes, 2009, p. 152).

Lo anterior significa que nuestra Corte Constitucional solo hace un juicio de constitucionalidad, dejando relegado el de convencionalidad y, por ende, generando un desfase entre nuestro ordenamiento jurídico y las obligaciones internacionales.

El artículo 2 de la Convención Americana es la base convencional que obliga a Colombia a mantener la sincronía entre estas dos esferas jurídicas:

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen 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. (OEA, 1969, s.p.).

Ahora bien, si se examina la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, se tendrá que:

Observancia de los tratados.

26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...) (Naciones Unidas, 1969, s.p.)

En el caso que nos ocupa, la Convención Americana se convirtió en obligante para Colombia desde la fecha de depósito del instrumento - el 31 de julio de 1973-, lo que implica que para 1991, el Constituyente debió tener presente en el diseño jurídico institucional del Estado la obligación enunciada en su artículo 23, en el cual la privación del ejercicio de los derechos políticos solo puede darse mediante sentencia judicial en un proceso penal.

Pese a ello, nuestro diseño –tal vez apoyado en la historia del Ministerio Público- no tuvo en cuenta esta obligación y más aún, la misma Corte Constitucional la mantuvo a través de una argumentación no muy afortunada, manteniendo la incongruencia entre estos dos ámbitos de responsabilidad.

Finalmente, cabe resaltar que, según el proyecto de “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente” elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas, se tiene que: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación” (Naciones Unidas, 2002, Art. 12).

El caso López Mendoza vs. Venezuela del 2011

El 1 de septiembre de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló el caso López Mendoza vs. Venezuela, en donde se pudo referir al artículo 23 de la Convención Americana.

En este caso, el señor Leopoldo López Mendoza fue elegido en el año 2000 como Alcalde de Chacao y reelegido en el 2004 hasta el año 2008. Con posterioridad se quiso postular para el cargo de Alcaldía del Estado Mayor de Caracas, lo cual no pudo hacerlo en la medida en que la Contraloría General de la República le impuso dos sanciones inhabilitantes por dos actuaciones que incluían los cargos de conflicto de intereses y uso indebido del presupuesto.

Ahora bien, la Contraloría General de la República orgánicamente no está ubicada en la rama judicial y, por ende, su proceso sancionatorio es de carácter administrativo. Igualmente, cabe resaltar que el señor Leopoldo López Mendoza agotó todos los recursos jurisdiccionales con el fin de anular dichas sanciones inhabilitantes.

En la sentencia en comento, la Corte constató la vulneración de los derechos a la garantía judicial (Art. 8), los políticos (Art. 23), igualdad ante la ley (Art. 24) y protección judicial (Art. 25), resaltando el artículo 1 (Obligación de respetar los derechos) y el artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno).

Al resolver el caso, la Corte IDH manifiesta que este:

(...) debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo. (Corte IDH, 2011, párr. 105)

Como se puede apreciar, el tribunal interamericano aplica directamente al caso el contenido del artículo 23 sin tener en cuenta ninguna otra consideración, en la medida en que lo prescrito por la Convención Americana es claro:

El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para

que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. (Corte IDH, 2011, párr. 107).

Un punto importante, y que de alguna forma sigue la idea que se pretende exponer, consiste en la orden que da la Corte IDH al Estado Bolivariano de Venezuela:

En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (supra párr. 225), con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. (párr. 228)

Conclusiones

Todo lo anterior permite concluir que subsiste una incongruencia entre el ordenamiento jurídico colombiano y las obligaciones emanadas de la Convención Americana y la jurisprudencia de su corte.

Ello no sería preocupante, sino fuera por el hecho de que tal situación, a la luz del caso *López Mendoza vs. Venezuela*, genera responsabilidad internacional al Estado colombiano por la violación de la Convención Americana, lo que *ipso facto* se traduce en una condena de carácter pecuniaria.

Por otro lado, esta deja claro que la idea por la cual Colombia ha sido respetuosa del derecho internacional y de las decisiones de los organismos internacionales es falsa. En efecto, hasta ahora no se ha corregido tal situación haciendo las modificaciones constitucionales y legales del caso, ni se ha declarado la inconstitucionalidad de la facultad que permite inhabilitar al ejercicio de derechos político por la vía de un proceso disciplinario, ni ha utilizado el argumento del control de convencionalidad.

Lo que se propone, entonces, es coherencia: vale decir adoptamos el criterio garantista del artículo 23 de la Convención Americana y solamente permitiríamos la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos como sanción penal – lo que implica poner fin a esta potestad de la Procuraduría General de la Nación – o denunciarnos a la Convención Americana para seguir con

nuestro modelo sancionatorio administrativo – con las graves consecuencias políticas que ello acarrearía-.

Ahora bien, aunque dogmáticamente existe una diferencia entre el derecho disciplinario y el penal –que hacen parte del derecho sancionatorio- ello no implica *per se* la anulación del primero de acogerse el artículo 23 de la Convención Americana, ni mucho menos la desaparición de la Procuraduría General de la Nación.

Lo que sí implica es que nuestro derecho disciplinario no puede contar como sanción administrativa la inhabilidad general para ejercer cargos públicos.

Bibliografía

Carbonell, M. (2006). Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (5), 289-300.

Congreso de Colombia. (1995). Ley 200. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Recuperado <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=318>

Congreso de Colombia. (1995). Ley 201 de 1995. Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14812>

Congreso de Colombia. (2002). Ley 734. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4589>

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia T-1102/05. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-1102-05.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-225/95. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-028/06. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D028%2F06&text=La%20cosa%20juzgada%20constitucional%20hace,las%20decisiones%20en%20ellas%20consagradas>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, reparaciones y costas). Recuperado https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Cuadernillos de la jurisprudencia de la Corte IDH. N° 7. Control de convencionalidad. San José de Costa Rica: Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

Gómez-Pinto, L. R. (2011). El control constitucional en Colombia: sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública. *Vniversitas*, 122, 169-212. Doi: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj60-122.cccc>

Naciones Unidas. (2001). Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Recuperado de <http://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechos-internacionalmente-ilicitos-ag5683/>

Naciones Unidas. (1969). Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Recuperado de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

Nisimblat, N. (s.f.). Acción de tutela. Excepción de inconstitucionalidad. Excepción de ilegalidad. Bogotá.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (2014). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Quinche, M. F. (s.f.). El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. *Centro de Estudios Políticos*, 1-24. Recuperado de http://www.juecesyfiscales.org/images/stories/articulos/Control_de_Constitucionalidad_y_Control_de_Convencionalidad.pdf

Reyes, J. (2009). La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia. *Derecho de Estado (23)*, 147-173.