

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS DE FUNCIONARIOS DE ELECCIÓN POPULAR EN LA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Leonel Enrique Barrero Cuéllar¹

1. INTRODUCCIÓN

El acceso a la función pública y el derecho a elegir y ser elegido –también denominado sufragio- son considerados derechos políticos en el ordenamiento constitucional colombiano y con estándares de protección transnacional como el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos –OEA-. La articulación de estos derechos configura una categoría especial dentro de la función pública, la cual permite acceder a ésta a través de elecciones que ilustran el sistema democrático representativo.

Los derechos políticos, a pesar de ser derechos legitimadores, no son considerados garantías absolutas a la luz de la dogmática constitucional y convencional, sin embargo, tienen una esfera de protección que trasciende de los derechos derivados, atendiendo su naturaleza originaria. Esta condición no siempre se ve reflejada en los ordenamientos jurídicos internos, que en ocasiones incorporan reglas procesales que habilitan la restricción de derechos políticos desde diversas fuentes, algunas polémicas como las sanciones de tipo administrativo por responsabilidad disciplinaria y fiscal, así como también los juicios políticos adelantados por cámaras legislativas.

Este escenario de inestabilidad política y debates jurídicos en torno a los derechos democráticos ha estado presente en Latinoamérica, especialmente en las dos primeras décadas del siglo XXI, y se puede identificar fácilmente con casos

¹ Aspirante a especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santiago de Cali. Concejal del municipio de Santander de Quilichao, Cauca, para el período constitucional 2016-2019.

mediáticos como los juicios políticos parlamentarios o impeachment adelantados y fallados en contra de los expresidentes Fernando Lugo (Paraguay) y Dilma Rousseff (Brasil), y de otro lado, la inhabilidad política impuesta por responsabilidad al líder opositor venezolano Leopoldo López por parte de la Contraloría General de la República de dicho país. En este esquema, Colombia no ha sido la excepción, pues su estructura constitucional avala diferentes caminos para reducir los derechos políticos de un ciudadano, entre ellos el control fiscal y disciplinario, el cual es aplicable también a los funcionarios públicos de elección popular. Casos como el del exalcalde del Distrito Capital de Bogotá, Gustavo Petro Urrego, han originado serias discusiones académicas y judiciales frente al alcance de los Derechos Políticos y los medios para limitarlos en relación con las obligaciones convencionales adquiridas por los Estados.

En el presente trabajo se pretende identificar cuáles son las garantías convencionales que en materia de Derechos Políticos tienen los funcionarios públicos de elección popular en Colombia, puntualmente las reconocidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) a través de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José y las posiciones de sus órganos: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la forma de exigirlos judicialmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Para lograrlo, es preciso reconocer la eficacia jurídica de dicho sistema en el Derecho Constitucional Colombiano, para lo cual, el análisis de figuras como el bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad será de completa utilidad.

2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN DERECHOS HUMANOS

Una de las características de los Estados Constitucionales de Derecho desarrollados política y jurídicamente a partir de las premisas del neoconstitucionalismo de la posguerra, es la apertura de los ordenamientos jurídicos internos hacia sistemas de regulación internacional en materia de Derechos Humanos mediante la incorporación de cláusulas constitucionales de recepción que se encarguen de dar una jerarquía normativa a estas disposiciones en el derecho local. En el caso colombiano, esto se lleva a cabo a través del denominado bloque de constitucionalidad².

La principal norma de apertura o recepción que incorporó el constituyente primario en la Constitución Política de 1991 es el artículo 93, considerado la base del bloque de constitucionalidad respecto de los Derechos Humanos, cuyo contenido indica:

“Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”³

La prevalencia en el orden interno al que se refiere este artículo constitucional, representa que todos los tratados o convenios sobre Derechos Humanos que sean ratificados por Colombia conforme a Derecho, ingresan y tienen aplicabilidad de rango constitucional y por ello, la Corte Constitucional Colombiana en su calidad

² “La Corte Constitucional colombiana reconoció a través de la noción de bloque de constitucionalidad una apertura de la Constitución hacia fuentes externas, que permite que su catálogo de derechos sea completado” REINA GARCÍA, Óscar. Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. Revista Derecho del Estado No. 29, Universidad Externado, Bogotá D.C., Colombia, 2012. Pág. 177.

³ Constitución Política de 1991. Artículo 93.

de guardián de la Constitución, ha definido el bloque de constitucionalidad “como aquella unidad jurídica compuesta por 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”⁴.

Estas cartas internacionales no sólo integran la Constitución en mérito de lo expuesto, sino que su alcance hermenéutico va más allá, dado que cuando se trata de interpretar derechos y deberes constitucionales, estos tendrán como criterio o parámetro el instrumento internacional si éste resulta más beneficioso, garantizando la aplicación del principio pro homine como aquel que “impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el resto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”⁵, lo cual, en perspectiva del Derecho Internacional Público se circunscribe como “... contenidos que predicen de sí mismos ser un mínimo, susceptible de ser ampliado en otras sedes normativas; que va paulatinamente reenviándose a otros ordenamientos para efectos de ir de menos a más, en un sentido efectivamente protector”⁶.

En este punto es importante hacer una distinción respecto de los conceptos de tratado, convención, acuerdo y convenio. para evitar el uso impreciso de estas denominaciones jurídicas. Así, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, puede afirmarse que un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-067/2003. M.Po. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-171/2009. M. Po. Humberto Sierra Porto.

⁶ CABALLERO, José Luis. La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad. Porrúa, México D.F., 2013. Pág. 124.

internacional, ya sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”⁷, mientras que una Convención, parafraseando al tratadista Pedro Paulo Camargo, es un instrumento de orden internacional que reúne estándares, bien sea principios, valores o reglas, los cuales han de aplicarse en asuntos o poblaciones específicas⁸ y generalmente son promulgados por organizaciones internacionales conformadas por diferentes Estados. La fuerza vinculante de las convenciones en el Derecho local depende del acto de ratificación. En cuanto a los acuerdos y convenios, el Derecho Internacional Público los define como modalidades de tratados⁹ contenidas en un instrumento que crea un vínculo jurídico entre sujetos de derecho internacional, sujetos típicos o Estados en el caso de los acuerdos y sujetos atípicos -Estado y organismo internacional- en el caso de los convenios.

Mediante el bloque de constitucionalidad no solamente se adhieren disposiciones normativas, también se puede reconocer la jurisdicción y competencia de órganos internacionales con poder decisorio sobre asuntos de orden local que transgredan compromisos adquiridos en el plano internacional. A esto se le denomina justicia multinivel

“Esto reglamenta una interacción-integración porque logra que el sistema jurídico se adhiera a sistemas supranacionales para la protección de derechos fundamentales, e igualmente genera la integración absoluta, pues tal adaptación del a legislación interna a las condiciones que materialmente comprueban validez y protección de los derechos en el sentido escrito a nivel internacional hacen que el Estado colombiano vincule al derecho de producción interno, tal prerrogativa,

⁷ CONVENCION DE VIENA. Artículo 2, literal a).

⁸ CAMARGO, Pedro Paulo. Tratado de Derecho Internacional Público. LEYER, Bogotá D.C., Colombia, 2013.

⁹ CONVENCION DE VIENA. Artículo 3 y 41.

obteniendo agrupar la legislación en un contexto de protección multinivel”¹⁰

Es en este punto donde cobra trascendencia el SIDH que se desprende principalmente de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual fue ratificada por Colombia en el año de 1972¹¹ y por ende, se ajusta a las exigencias constitucionales para hacer parte del bloque de constitucionalidad. Lo anterior implica que Colombia, al haber ratificado integralmente el pacto de San José, incluyendo los principios de adopción¹² y respeto¹³, está en la obligación de garantizar su aplicación de buena fe en acatamiento del principio de Pacta Sunt Servanda, y a su vez, de reconocer la competencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, el Estado Colombiano está obligado a realizar un control de convencionalidad sobre todas sus actuaciones jurídicas, procurando un diálogo armónico entre el orden interno y esquema interamericano.

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (...) En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las

¹⁰ HOYOS ROJAS, Luis Miguel. El bloque de constitucionalidad y su función integradora en el ordenamiento jurídico colombiano. Gaceta jurídica, número 3, Universidad de Santander. Colombia, 2008. Pág. 129.

¹¹ Ley 16 de 1972.

¹² “Artículo 2. 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” ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

¹³ “Artículo 1. Los Estados Partes en esta Convención 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, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁴

A dicho control, le es aplicable como parámetro el denominado bloque de convencionalidad, pues los parámetros hermenéuticos no se reducen al Pacto de San José, sino que trascienden a sus documentos adicionales y las providencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerada la protectora de la Convención. Sobre el particular indica el presidente de este tribunal transnacional:

“En términos generales, podríamos sintetizarlos como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales para lograr su mayor eficacia y protección”¹⁵

3. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL SUFRAGIO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y EN EL SIDH.

En Colombia, el acceso a la función pública en condiciones de igualdad y la participación democrática a través del sufragio activo y pasivo, son derechos políticos en los términos del artículo 40 de la Constitución Política de 1991. Estos son considerados derechos fundamentales y desarrollan en el ejercicio de la soberanía popular¹⁶. Esto permite indicar que en el derecho constitucional y

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Almonacid Arellano vs. Estado de Chile. 2006

¹⁵ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. Chile, 2011. Pág. 358.

¹⁶ ROSSEAU, Jean Jacques. El contrato social. Alba, Madrid, España, 1985.

administrativo colombiano, los derechos políticos son “titularidades de las que se desprenden los mecanismos por medio de los cuales la ciudadanía se ejerce”¹⁷.

Ambos derechos se articulan en el Derecho Administrativo colombiano en relación con la función pública y las categorías existentes en el régimen de servidores públicos, dentro de las cuales se encuentran los de elección popular, quienes acceden por vía del sufragio y no pertenecen a un régimen de carrera ni son de libre nombramiento y remoción. Sus funciones se ejercen durante un período constitucional.

La Convención Americana de Derechos Humanos, cuya naturaleza en el derecho interno se coteja con la constitucional, también protege los derechos en mención, cuyo desarrollo normativo está centrado en el artículo 23 de este instrumento, el cual se encarga de delimitar el alcance y posibilidad de restricción de los mismos.

“Artículo 23. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: ... 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.”¹⁸

Bajo estos presupuestos, la Convención no sólo reconoce la fundamentalidad de estos derechos, sino que deja claro que no se trata de prerrogativas absolutas, puesto que existe la posibilidad de que sean limitados por razones de orden civil o administrativas, así como por imposición de sanciones, casos en los cuales el

¹⁷ PICADO, Sonia. Derechos Políticos como Derechos Humanos. En Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, segunda edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 2007. Pág. 48.

¹⁸ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

patrón jurídico deberá corresponder con las condiciones y finalidades descritas en el instrumento internacional, limitando así, en el contexto de bloque de convencionalidad, la libertad configurativa del cuerpo legislador. En palabras de la doctrina y ajustándose a la línea del control de convencionalidad: “es menester reconocer que la libertad configurativa que tiene el legislador en el ordenamiento jurídico interno frente a la restricción de derechos políticos no puede exceder los presupuestos fijados por la norma convencional interamericana”¹⁹

4. RESTRICCIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR POR RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.

En Colombia existen tres conductos jurídicos para afectar los derechos políticos de los funcionarios públicos, incluyendo aquellos que son de elección popular. El primer escenario corresponde al Derecho Penal a través de la imposición de una condena, salvo que se trate de delitos considerados políticos. Este primer medio guarda concordancia con los elementos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos y por ende, su aplicación no es tan discutida como en los dos contextos siguientes, que configuran las otras dos vías: el control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República y el control disciplinario a cargo de la Procuraduría General de la Nación como cabeza del Ministerio Público. En estos dos casos se trata de decisiones administrativas depositadas en un acto administrativo y no en una decisión judicial de tipo penal como lo exige el artículo 23.2 del Pacto de San José.

Especial relevancia cobra el espectro del control disciplinario, dado que por las facultades asignadas directamente por la Constitución y la Ley, la Procuraduría General de la Nación goza de facultades para separar del cargo e inhabilitar políticamente a funcionarios públicos, aunque se trate de uno electo por canales

¹⁹ HURTADO QUINTERO, William Felipe. Excepción de inconvencionalidad como mecanismo de protección de Derechos Políticos: caso Gustavo Petro vs. Colombia. Tomado de “Derecho Procesal Constitucional”. LEGIS, Colombia, 2018. Pág. 324.

democráticos. El marco jurídico de estas competencias se reúne de forma general en los artículos 277²⁰ y 278²¹ del texto constitucional y la Ley 734 de 2002 también conocida como Código Único Disciplinario.

En la cuanto a la categoría de las sanciones restrictivas, se puede encontrar la de destitución, suspensión e inhabilidad, descritas por el Código Disciplinario Único de la siguiente manera:

“Artículo 45. Definición de las sanciones. 1. La destitución e inhabilidad general implica: a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección,... 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... 2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo”²²

Los términos en los que está regulado el control disciplinario general una evidente contrariedad con el SIDH, específicamente con la exigencia de que para restringir derechos políticos mediante una sanción, es necesario que ésta provenga de un proceso judicial de naturaleza penal. Es por esto que se requiere revisar cuáles

²⁰ “Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:... 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley...”

²¹ “Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: 1. 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 (...)”

²² Ley 734 de 2002. Artículo 45.

son las garantías convencionales que tienen los funcionarios públicos en Colombia, en especial los de elección popular, y a través de que herramientas del Derecho Administrativo pueden exigirse.

5. GARANTÍAS CONVENCIONALES DE JURIDICIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS.

Es claro que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos permite que los derechos políticos sean limitados, pero bajo el estricto acatamiento de los elementos condicionantes de la Convención. De acuerdo con Corte Interamericana de Derechos Humanos, para medir el grado de armonización entre el sistema interno y el sistema internacional, es necesario llevar a cabo un juicio de proporcionalidad²³ que revise la juridicidad y la proporcionalidad de la medida.

En caso Yatama contra Nicaragua, el máximo tribunal de justicia interamericana determinó esta necesidad:

“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... 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

²³ “El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios que conforman el denominado Test de Proporcionalidad: El de adecuación o idoneidad, necesidad y la ponderación en sentido estricto” TAMAYO ZULUAGA, Oscar Fernando. El principio de proporcionalidad y restricción de derechos fundamentales en el proceso penal. Universidad de Medellín, Medellín, Colombia, 2013. Pág. 22.

útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo”²⁴

Sobre el examen de juridicidad, es la revisión del ordenamiento jurídico multinivel bajo la aplicación de un método hermenéutico sistemático que permita identificar si el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se desarrollan conforme a derecho. Esto incluye la revisión de la normatividad colombiano, pero también los presupuestos del SIDH, donde por supuesto se encuentra la Ratio Decidendi de las sentencias proferidas por este tribunal en el ejercicio del control de convencionalidad. Así, basta con una revisión gramatical del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos para concluir que el marco jurídico del control disciplinario de funcionarios públicos en Colombia no cumple con las exigencias de ésta, pues es un procedimiento de tipo disciplinario-administrativo y no judicial penal, en el cual no se impone una condena por parte de un juez competente por la comisión de una conducta punible.

En cuanto al examen de proporcionalidad, se exige “que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos”²⁵. En este punto, es pertinente estructurar la proporcionalidad con el único antecedente jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el cual se declaró la responsabilidad internacional de un Estado por desconocer el régimen de Derechos Políticos al restringirlos con base en una sanción impuesta por autoridad administrativa y no producto de un proceso penal, como fue el caso ya referido en la introducción de este trabajo, relacionado con el líder opositor venezolano Leopoldo López.

“El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso Yatama vs Nicaragua, 2005.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 2008.

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”²⁶

El pronunciamiento citado, atendiendo a las premisas que se han proyectado en este escrito, pertenece al bloque de convencionalidad y en razón de ello, tiene efectos jurídicos en los diferentes Estados que hayan ratificado la Convención²⁷, entre ellos Colombia, ya que “... los fallos y resoluciones de este órgano judicial tienen efectos de cosa interpretada y, por lo tanto, son vinculantes para todos los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo que al contenido y alcance de derechos y obligaciones se refiere”²⁸.

6. LA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: VÍA PARA RECLAMAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Las decisiones tomadas por la Procuraduría General de la Nación, bien sea de destitución, suspensión o inhabilidad política, dada la naturaleza de la autoridad disciplinaria, se reflejan en actos administrativos de carácter particular, cuya legalidad se puede cuestionar y atacar a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Leopoldo López contra Venezuela, 2011.

²⁷ ROMERO PEREZ, Xiomara. Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana. Universidad Externado, Bogotá D.C., 2011.

²⁸ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. Universidad Externado, Bogotá D.C., 2015. Pág. 36.

2011 también conocida como Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, que en su literalidad indica:

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior...”

La nulidad y restablecimiento del derecho se convierte en el medio idóneo para reclamar la restitución de un derecho subjetivo que haya sido transgredido a través de un acto administrativo. En palabras de Luis Eduardo Freitas:

“Toda persona que se crea lesionada de un derecho subjetivo amparada en una norma jurídica está facultada para interponer este medio de control, constatando que este medio debe estar siempre a favor de la persona lesionada y no del que lesiona, este medio de control procede con el fin de que se declare la nulidad de actos administrativos de carácter particular, expreso o presunto, y que se restablezca el derecho subjetivo de la persona lesionada”²⁹

En el caso de las sanciones disciplinarias impuestas por parte de la Procuraduría General de la Nación a funcionarios públicos de elección popular, al emanar de una autoridad no judicial se consignan en actos administrativos de carácter particular que afectan derechos subjetivos de la persona investigada, particularmente los derechos políticos de acceso a la función pública y el sufragio, también conocido como derecho a elegir y ser elegido. En ese orden de ideas, se

²⁹ FREITAS, Luis Eduardo. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho: evolución histórico-jurídica en Colombia. Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C., 2015. Pág. 16.

cumple con los requisitos de ley para solicitar la declaratoria de nulidad y con ella, el resarcimiento de los derechos negados.

En cuanto a la protección de estos derechos de forma que cobije el alcance otorgado por la Convención Americana de Derechos Humanos, es importante resaltar que la principal causal de nulidad de un acto administrativo tiene que ver con la infracción de normas legales y constitucionales en las que debió fundarse para su generación, caso en el cual el artículo 23.2 del Pacto de San José constituye un parámetro de creación normativa al ser parte del bloque de constitucionalidad del que habla el artículo 93 de la Constitución Política de 1991 y por ende, su desconocimiento puede dar lugar a una nulidad del acto.

El ejercicio del control de convencionalidad en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se puede dar en dos formas, una primera mediante la orden de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo aceptada por el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 en cualquier fase del proceso³⁰, o a través de la decisión de declarar la nulidad del acto y restablecimiento de los derechos políticos.

Esta posibilidad no es experimental, pues de acuerdo con estudio de caso realizado por el académico William Felipe Hurtado en el trabajo “Excepción de inconvencionalidad como mecanismo de protección de derechos políticos: caso Gustavo Petro vs. Colombia”³¹, se puede concluir que existe un antecedente puntual de aplicación del control de convencionalidad en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo fue el del ya mencionado ciudadano

³⁰ “Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento...”

³¹ HURTADO QUINTERO, William Felipe. Excepción de inconvencionalidad como mecanismo de protección de Derechos Políticos: caso Gustavo Petro vs. Colombia. Tomado de “Derecho Procesal Constitucional”. LEGIS, Colombia, 2018.

Gustavo Petro Urrego, a quien el Consejo de Estado le restituyó los derechos políticos que le habían sido restringidos a través de sanción de destitución e inhabilidad política impuesta por la Procuraduría General de la Nación, acto que fue declarado nulo por el alto tribunal de lo contencioso administrativo.

En ese proceso la protección se dio en las dos posibilidades descritas, ya que el 13 de mayo de 2014, el Consejo de Estado decretó medida cautelar ordenando “la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los siguientes actos administrativos: 1.- Decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de fecha 9 de diciembre de 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego”³², decisión que le permitió reincorporarse en el cargo y terminar su mandato constitucional como alcalde del Distrito Capital de Bogotá. De otro lado, en el año 2017 el Consejo de Estado profirió sentencia de fondo, en la cual ordenó “Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1. Decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 9 de diciembre del 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego”³³

En dicha providencia el Consejo de Estado fue claro en afirmar que la nulidad se debe a la infracción del régimen convencional consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y el precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltando sobre la facultad que tiene la Procuraduría para destituir e inhabilitar funcionarios electos popularmente, lo siguiente:

³² CONSEJO DE ESTADO, sección segunda. 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14). C. Po. Gerardo Arenas Monsalve.

³³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia expediente 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14). C. Po. César Palomino Cortés.

“De acuerdo con los pronunciamientos mencionados, es claro que para la Corte IDH los derechos políticos son derechos humanos, pero no absolutos, que pueden ser restringidos por las condiciones señaladas en el artículo 23.2 de la CADH, restricciones que en cada Estado Parte deben cumplir los requisitos de legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad, como han sido explicados por la Corte, y que cuando se trata de la restricción por vía de una sanción, ella no puede ser distinta a la que imponga un juez penal, mediante una condena dictada dentro de un proceso penal”³⁴

Similar raciocinio judicial se realizó en el caso de Piedad Córdoba, a quien también el Consejo de Estado por vía de la nulidad y restablecimiento del derecho le restituyó los derechos políticos vedados por la Procuraduría, con base en el régimen interamericano de Derechos Humanos³⁵. Esto sin lugar a duda, representa una garantía convencional para los funcionarios electos popularmente a la hora de reclamar la violación de sus derechos ciudadanos.

7. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE NATURALEZA MIXTA: UNA POSIBLE SOLUCIÓN CONVENCIONAL.

Es claro que entre el ordenamiento jurídico interno y el sistema de Derecho Humanos derivado de la Convención Americana de Derechos Humanos existe una antinomia, que en términos constitucionales y bajo el criterio de jerarquía y especialidad³⁶, debe resolverse en favor de las reglas convencionales.

En ese orden de ideas, cabe preguntarse qué reforma requiere el régimen disciplinario de la función pública para que pueda ajustarse a los estándares ofrecidos por Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto, ya

³⁴ Ibidem.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, sala plena. Sentencia expediente 110010325000201100316 00. C. Po. William Hernández Gómez.

³⁶ GUASTINI, Ricardo. Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico. En: FERRER, Jordi (Coord.), realismo jurídico genovés. Marcial Pons, Madrid, España, 2011.

existen algunas propuestas, entre ellas la considerada por el profesor de Derecho Público de la Universidad Externado Jorge Ernesto Roa, quien habla de una respuesta hermenéutica compatible a partir de la consolidación de garantías judiciales en el proceso disciplinario³⁷, el cual continuaría en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, esta es una posición cuestionable, pues como se analizó en el presente trabajo, la fuerza vinculante del contenido de la Convención es directa y Colombia está obligada a cumplirla de Buena fe, por tanto, a manera de conclusión y sin entrar en detalles específicos, pues el objetivo del presente trabajo giraba en torno a las reflexiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente al control de convencionalidad; puede decirse que una posible solución es la creación de un régimen de naturaleza mixta que involucre al Ministerio Público con la Rama Judicial y que frente a actos de corrupción exista una articulación procedimental entre éstos dos órganos del Estado, de modo que se permita primero acreditar la responsabilidad de tipo penal y luego sí, la graduación de la falta disciplinario y la consecuencia jurídica asignada.

8. BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. Universidad Externado, Bogotá D.C., 2015.

CABALLERO, José Luis. La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad. Porrúa, México D.F., 2013.

CONSEJO DE ESTADO, sección segunda. 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14). C. Po. Gerardo Arenas Monsalve.

³⁷ ROA, Jorge Ernesto. La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el sistema interamericano de derechos humanos. En: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, Brasil, 2018. Págs. 801-823.

CONSEJO DE ESTADO, sala plena. Sentencia expediente 110010325000201100316 00. C. Po. William Hernández Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia expediente 11001-03-25-000-2014-00360-00(1131-14). C. Po. César Palomino Cortés.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-067/2003. M.Po. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-171/2009. M. Po. Humberto Sierra Porto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia caso Yatama vs Nicaragua, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Leopoldo López contra Venezuela, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia Almonacid Arellano vs. Estado de Chile. 2006

FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. Chile, 2011.

FREITAS, Luis Eduardo. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho: evolución histórico-jurídica en Colombia. Universidad Santo Tomás, Bogotá D.C., 2015.

HOYOS ROJAS, Luis Miguel. El bloque de constitucionalidad y su función integradora en el ordenamiento jurídico colombiano. Gaceta jurídica, número 3, Universidad de Santander. Colombia, 2008.

HURTADO QUINTERO, William Felipe. Excepción de inconvencionalidad como mecanismo de protección de Derechos Políticos: caso Gustavo Petro vs. Colombia. Tomado de “Derecho Procesal Constitucional”. LEGIS, Colombia, 2018.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

PICADO, Sonia. Derechos Políticos como Derechos Humanos. En Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, segunda edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 2007.

REINA GARCÍA, Óscar. Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. Revista Derecho del Estado No. 29, Universidad Externado, Bogotá D.C., Colombia, 2012.

ROMERO PEREZ, Xiomara. Vinculación de las resoluciones judiciales de la Corte Interamericana. Universidad Externado, Bogotá D.C., 2011.

ROSSEAU, Jean Jacques. El contrato social. Alba, Madrid, España, 1985.

TAMAYO ZULUAGA, Oscar Fernando. El principio de proporcionalidad y restricción de derechos fundamentales en el proceso penal. Universidad de Medellín, Medellín, Colombia, 2013. Pág. 22.