

**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
(Efectos de las decisiones de Procuraduría General y Contraloría General en el acceso
y permanencia en cargos públicos)**

**ADRIANA DEL PILAR BARBOSA CASTAÑO
ANA MARÍA ORTIZ VEGA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.**

2018

**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
(Efectos de las decisiones de Procuraduría General y Contraloría General en el acceso
y permanencia en cargos públicos)**

**ADRIANA DEL PILAR BARBOSA CASTAÑO
ANA MARÍA ORTIZ VEGA**

Director

MARIO ROBERTO MOLANO LÓPEZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.**

2018

CONTENIDO

Introducción

- 1. Restricciones al acceso y permanencia en la función pública en Colombia.**
 - 1.1. Disposiciones Constitucionales**
 - 1.2. Restricciones constitucionales de regulación de la Función Pública conferidas a la Ley.**
 - 1.3. Competencia de los órganos constitucionales de control disciplinario y de control fiscal.**
- 2. Bloque de Constitucionalidad.**
 - 2.1. Posición de la Corte Constitucional sobre la armonización del Artículo 23 de La Convención Interamericana de Derechos Humanos con la Constitución Política de Colombia.**
- 3. Restricción del Derecho Político de Acceso y Permanencia a la función Pública por parte de la Procuraduría General de la Nación.**
- 4. Restricción del Derecho Político de Acceso y Permanencia a la función Pública por parte de la Contraloría General de la República.**
- 5. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Derecho de Acceso y Permanencia en cargos públicos.**
- 6. Postura sobre el problema jurídico planteado.**
 - 6.1. Relaciones de sujeción especial**
 - 6.2. Carácter no absoluto de los Derechos Políticos**
 - 6.3. Concepción a la luz de la Constitución Colombiana.**
 - 6.4. Igualdad de trato frente a disposiciones disciplinarias y fiscales.**
 - 6.5. Armonización de la norma convencional con otros tratados y con el ordenamiento interno**
 - 6.6. La capacidad de las decisiones disciplinarias y fiscales, como consecuencia de la armonización.**
- 7. Conclusiones**
Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El presente artículo de investigación para optar al título de la Maestría en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana, tratará de la aparente contradicción que existe entre las normas de la Constitución Política de Colombia y el artículo 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la procedencia de restringir derechos políticos por parte de organismos que no tienen el carácter o facultades jurisdiccionales, como lo son los órganos de control disciplinario y fiscal.

Se hace evidente, poner en contexto los diferentes instrumentos o formas de integración de la normatividad colombiana para establecer que ley es aplicable a cada caso en concreto, y si la aplicación o falta de ella implica que el Estado colombiano contraría alguna normativa de derecho internacional o incluso algún tratado del cual es parte.

Por lo anterior, se expondrá en primer lugar la definición de derechos políticos contenida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la presencia de Colombia en el Sistema Interamericano y la adecuación de dichos derechos en el territorio nacional. Seguido a lo anterior, se analizará el concepto del Bloque de Constitucionalidad, tesis que surgió en Francia en 1976, y que pretendió introducir a los textos constitucionales los principios de valor constitucional, la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano.

Cumplido lo anterior se procederá a estudiar desde la perspectiva de la normatividad constitucional interna de 1991, si los derechos de acceso a la Función Pública, respecto de los servidores públicos de toda índole, son susceptibles de afectarse por autoridades no jurisdiccionales como en concreto lo son la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de su función de control disciplinario y los órganos de control fiscal como la Contraloría General de la República en ejercicio de su función de control fiscal y de imposición de responsabilidad fiscal.

Los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos – OEA, celebraron en 1969, la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos, con sede en San José de Costa Rica. En dicha conferencia se redactó la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual fue ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973.

La Convención con la intención de garantizar el respeto de los derechos fundamentales en el continente americano, estableció dos órganos encargados de analizar las posibles violaciones por parte de los Estados miembro de los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.¹

¹ Página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh>

En Colombia antes de la Constitución de 1991, se rechazó la implementación de otras normas que no estuvieran contenidas en la Constitución, en atención a la observancia de la primacía de la escuela positiva del derecho, teniéndose al derecho internacional como fuente interpretativa de conceptos, pero sin ningún poder vinculante. Entre 1992 y 1994, se aceptó tácitamente la existencia del concepto, sin embargo, no fue sino hasta 1995 donde se dio aplicación de forma directa y concreta a la teoría del Bloque de Constitucionalidad a través de la sentencia de constitucionalidad C-225 de 1995, como forma de integración del derecho internacional al ordenamiento interno colombiano.

De tal manera, surge una controversia en el momento en que exista una contradicción entre una norma contenida en el ordenamiento interno y una contenida en la Convención, sin embargo, la misma parece disuadirse con la premisa de que, los jueces están sujetos al imperio de la ley, por tanto, ¿si un Estado ha ratificado un tratado, los operadores judiciales están sujetos a éste y en la obligación de acatarlos y velar por su eficacia y cumplimiento? o ¿Primaría el ordenamiento jurídico interno de los Estados parte y las decisiones de los Órganos de cierre?

En el ordenamiento colombiano, órganos de control y entidades no jurisdiccionales tienen la capacidad de restringir derechos políticos de los ciudadanos mediante decisiones de carácter administrativo, por lo cual se genera la inquietud que motiva la presente investigación, sobre si se está contrariando lo establecido en el artículo 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) o las entidades como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República pueden fungir como órganos competentes y de cierre y dictar una sentencia definitiva mediante la cual se restrinjan los derechos políticos de los colombianos. En concreto, los derechos de elegir y ser elegido a un cargo público y de acceder y permanecer en éste, con prescindencia del origen de acceso.

En consecuencia, el problema jurídico que se plantea en este artículo de investigación se refiere a los efectos que las decisiones administrativas de carácter disciplinario y de responsabilidad fiscal que puedan tener sobre los derechos de quienes resulten afectados por las mismas; y en tal sentido, verificar si con pronunciamientos de esta naturaleza emitidos por autoridades no judiciales, pero en todo caso sujetas al control judicial, se contraviene o no, el artículo 23 de la CIDH.

Si bien es cierto, que puede ser disímil el núcleo de autoridades administrativas y de decisiones administrativas que pueden afectar los derechos políticos de las personas, entendida dicha afectación, tanto como la desvinculación en el ejercicio de un cargo, como la inhabilidad para ejercer cargos o funciones públicas, el trabajo se concentra en las decisiones de carácter disciplinario y aquellas que imponen responsabilidad fiscal, en lo que tiene que ver con los efectos de impedir el acceso o la permanencia en cargos públicos de todo origen y naturaleza.

En concreto si con decisiones de esta naturaleza se pueden restringir los derechos políticos de los colombianos, especialmente de los servidores públicos como titulares del derecho a acceder y permanecer en el ejercicio de la función pública.

Si bien es cierto, que además de las mencionadas autoridades de control, pueden existir otras en el ámbito de la organización estatal con capacidad de afectar a través de procedimientos administrativos los mencionados derechos políticos de las personas, el trabajo se va a concretar en las decisiones de carácter disciplinario y en aquellas que imponen responsabilidad fiscal.

Mucho se ha discutido en los últimos años sobre el tema, particularmente en el campo disciplinario y al tener en cuenta que en el tratamiento del asunto se comprometen principios constitucionales como el buen ejercicio de la función administrativa del Estado, la transparencia en la administración de los recursos públicos, la defensa de los derechos colectivos al patrimonio público y a la moralidad colectiva entre otros, se hace necesario el presente estudio para tratar de hacer claridad sobre la debida conciliación que los derechos que tienen las personas de acceder y permanecer en los cargos públicos deben compadecerse con el logro de los fines últimos de una administración del Estado transparente, idónea y eficiente.

1. RESTRICCIONES AL ACCESO Y PERMANENCIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.

Como se dijo de manera precedente, al celebrarse la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos², en la cual, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos - OEA, aprobaron el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con las observaciones y enmiendas formuladas por los países miembros, entrando en vigor en julio de 1978.

Por medio de la Ley 16 de 1972, se aprobó en el Congreso de la República de Colombia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José, el 22 de noviembre de 1969. La cual fue ratificada por Colombia el 28 mayo de 1973.³

La CIDH, a través de sus disposiciones normativas, busca consolidar un régimen de libertades personales y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, cuyo fundamento se basa en los atributos del ser humano y no en el hecho de ser connacional a un estado determinado, por lo que concibe los pilares de dicha libertad, en el ejercicio de cada persona, de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

En relación con el tema que nos ocupa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos define en su artículo 23 los derechos políticos de la siguiente forma:

Artículo 23. Derechos Políticos

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

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

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

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

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

²Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Actas-Conferencia-Interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>

³“El 21 de junio de 1985, Colombia presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad entre los estados firmantes y respecto de hechos posteriores a esta aceptación, para el análisis de casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considerase oportuno. El mismo instrumento reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos3.htm>

Al efectuar una interpretación de la citada norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 6 de agosto de 2008, al resolver el caso “*Castañeda Gutman Vs los Estados Unidos Mexicanos*”, hace una exposición con relación a la importancia de la protección de los derechos políticos en una sociedad democrática, por cuanto en su concepto propician el amparo de otros derechos previstos en la carta:

“140. Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.

141. Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano (...).

143. La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”⁴.

Frente al contenido de los derechos políticos, la Corte Interamericana en la referida providencia señaló lo siguiente:

“145. El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

146. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

Con base en lo anterior se desprende que, el artículo 23 de la CIDH, interpreta el concepto de derechos políticos en dos sentidos; En primer lugar, en un sentido amplio, el cual se encuentra relacionado con el ejercicio de los derechos político-electorales, esto es, el derecho de todo ciudadano a elegir y ser elegido; y en sentido estricto, respecto al derecho de acceder y permanecer en la función pública en condiciones de igualdad.

Ab initio, se hace necesario señalar para los efectos del análisis que se hace más adelante, que el contenido del artículo 23 de la CIDH, si bien delimita entre el derecho a ser elegido y el de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, no establece una distinción entre las categorías de servidores públicos o personas que aspiren u ostenten cargos públicos, de modo que pueda deducir un tratamiento preferencial a los elegidos, frente a los designados o nominados.

Por otra parte, el precepto internacional sub examine, es claro en reconocer un margen de discrecionalidad al legislador, para reglamentar el ejercicio y oportunidades de tales derechos políticos *“exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o condena, por juez competente, en proceso penal.”* Lo que no se opone a las regulaciones constitucionales de cada Estado Parte de la Convención y lo que, por tanto, no excluye las capacidades legislativas que de las normas constitucionales se deriven en cada país, pues, como se expondrá más adelante, las disposiciones de la CIDH no son preceptos supra constitucionales.

Consonante con lo anterior, sin perjuicio de lo que más adelante se dice, en relación con la necesaria armonización de las disposiciones de la CIDH con las de la Constitución y su interpretación y aplicación sistemática, ha de señalarse que como alcance de comprensión para los efectos de la norma internacional en cita, el artículo 123⁵ de la Constitución colombiana, sienta las bases a partir de las cuales la ley ha definido las distintas tipologías de servidores públicos, que esquemáticamente corresponden a:

- Servidores de elección popular.
- Servidores que acceden por concurso, a la que la jurisprudencia ha sumado los de plantas temporales⁶.
- Los que acceden por contrato de trabajo, esto es, los llamados trabajadores oficiales.
- Los de libre nombramiento y remoción.

⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

⁶ Corte constitucional, Sentencia C-618 de 2015, Expediente D-10.679, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-618-15.htm>

Así las cosas, cuando el asunto relativo a la afectación de los derechos de los ciudadanos para acceder a la función pública y permanecer, como forma de ejercicio de la potestad estatal, por medidas disciplinarias o por decisiones que imponen responsabilidad fiscal, nos referimos a afectaciones de derechos de todo tipo de servidor público, en los términos del artículo 23 de la CIDH, la cual no establece trato diferenciado por categorías de acceso, todo lo contrario, lo que hace en su literal c) es reafirmar las condiciones de igualdad para ello.

Lo cierto es que sería muy simplista concluir que por el origen del acceso al cargo o por la naturaleza de mismo, unas personas están más liberadas que otras en lo que tiene que ver con las responsabilidades disciplinarias y fiscales que recaen sobre todo tipo de servidores públicos, independientemente de si son de elección popular de libre nombramiento o remoción o han accedido por mérito al cargo público. El principio de igualdad material demandaría un tratamiento idéntico en situaciones idénticas y la hipótesis por consiguiente que se maneja en este artículo de investigación, se refiere a que la incursión en una falta disciplinaria que dé lugar a impedir el acceso a funciones públicas o a desvincular a una persona del ejercicio de un cargo público, lo mismo que impedir el acceso a ellos, de quienes son deudores del Estado con motivo de un daño fiscal que le han infringido al mismo, en consecuencia no debe ser motivo de tratamiento distinto el origen del cargo que ha ejercido el sujeto activo, bien de la conducta disciplinaria o bien de la generación del daño fiscal.

Ahora bien, es decir en el contexto de la necesaria armonización entre la norma internacional con las normas constitucionales colombianas, el alcance del Artículo 23 de la Convención, no puede llevar al extremo de permitir que los derechos políticos de acceso y permanencia a los cargos públicos se restrinjan o regulen exclusivamente por los motivos allí indicados, porque ello implicaría, a nivel interno, que ningún funcionario del Estado, bien sea de elección popular o de otra fuente de acceso, pudiera ser sancionado disciplinariamente con la medida de destitución o afectado por un fallo con responsabilidad fiscal y, consecuentemente, inhabilitado para acceder o permanecer en dichos cargos. Como lo ha señalado la Corte Constitucional y lo veremos en los párrafos siguientes de este trabajo, el régimen constitucional colombiano le confiere a la ley la capacidad para regular todo lo atinente al empleo público, a partir de los derechos de acceso al mismo, pero también a partir de los deberes funcionales que residen en cabeza de todo servidor público, bien sea de elección popular o de otro tipo de designación.

Si se asumiera la interpretación extrema de considerar que los servidores públicos, solamente pueden ser desvinculados por una decisión de juez penal, se desconocerían todos los soportes constitucionales relativos al ejercicio de las funciones públicas, los principios de la función administrativa, la protección de los derechos colectivos como el del patrimonio público y la moralidad pública y el mismo interés general, pues una interpretación tal, daría patente de curso para que los servidores públicos de toda índole quedaran inmunes al control

disciplinario y a la obligación de resarcir daños patrimoniales causados con motivo del ejercicio de sus cargos.

Sería tanto como asumir que el derecho de acceso y permanencia en el cargo público es un derecho absoluto, que no admitiría ningún tipo de limitación y que no podría incardinarse con los otros postulados del sistema constitucional colombiano, como los que se han esquematizado. Lo elemental es que los servidores públicos, de elección popular o no, constituyan ejemplo no solamente de transparencia, sino también de idoneidad. Hacer una interpretación extrema del último inciso del artículo 23 de la CIDH, conllevaría a que sólo la jurisdicción penal sería la única fuente de desvinculación del ejercicio irregular de los cargos públicos. Y ello implicaría que la responsabilidad de los servidores públicos solamente podría ser juzgada a la luz de los quebrantos al ordenamiento penal y que consecuentemente en los demás campos estarían liberados a su arbitrio.

1.1. Disposiciones Constitucionales

La Constitución de 1991, no solo no es ajena a una consagración expresa de los derechos políticos, sino que contempla en su artículo 40 una disposición más integral de estos derechos, al incluir el postulado de la participación política y del acceso a la función pública, al consagrar el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder; y al establecer como derechos funcionales para ellos los de:

- Elegir y ser elegido.
- Tomar parte en los comicios electorales para integrar órganos del Estado.
- Tomar parte en los mecanismos de participación ciudadana, tanto los electorales⁷ como los instrumentales⁸.
- Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas.
- Revocar el mandato.
- Ejercer acciones públicas ante la jurisdicción.
- Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad.

Cuando decimos que el artículo 40 de la Constitución colombiana es mucho más comprensivo respecto del artículo 23 de la CIDH, lo hacemos en alusión a la perspectiva histórica en la que se perfecciona el Pacto de San José en el año 1969, respecto a la evolución constitucional surgida y consolidada en Colombia en la Constitución de 1991, comprensiva esta última del postulado de Estado participativo que más allá de la conformación de los

⁷ Constitución Política de Colombia, Artículo 40, numeral 2° “*plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática*”.

⁸ Constitución Política de Colombia, Artículo 40, numeral 5° *Tener iniciativa en las corporaciones públicas*

órganos del poder por vía de las elecciones, contempló mecanismos de participación directa en la toma de decisiones.

Nótese que al igual que la norma del artículo 23, el artículo 40 en mención consagra tanto el derecho de elegir y ser elegido, así como el de acceder al desempeño de funciones en cargos públicos con la excepción relacionada con la doble nacionalidad. En este aspecto nótese que la constitución colombiana es mucho más clara.

Por otra parte, los derechos políticos como se consagran en la constitución colombiana refieren o exigen como premisa básica, la condición de ciudadano en ejercicio, como lo hace también la norma de la Convención. La Constitución colombiana por su parte se ocupa de señalar en su artículo 99 que la calidad de ciudadano en ejercicio, resulta ser un requisito previo e indispensable para ejercer el derecho al sufragio, es decir, para participar en comicios electorales, para ser elegido en cargos públicos, y para desempeñar por otras vías distintas el ejercicio de cargos públicos que lleven incorporada autoridad o jurisdicción. Es decir, que tanto la convención como la Constitución colombiana no consagran los derechos políticos como absolutos, en cuanto a derechos de la persona, sino como derechos predicables de una calidad de persona que es la que corresponde al concepto de ciudadanía.

Esta condición de ciudadano a su vez exige, de parte de la persona que lo ostenta, a la luz de la constitución colombiana, el cumplimiento de deberes y el sometimiento en condiciones de sujeción general al ordenamiento jurídico, pues como lo señala el artículo 98 de nuestra constitución, dicha calidad de ciudadanía se puede perder cuando se renuncia a la nacionalidad y *“se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley”* disposición esta última, que concierne a los casos en que por razón de decisiones de tipo punitivo se suspende la participación de acceder a la conformación, ejercicio y control del poder político.

Así mismo, consagra dos posibilidades en que se ve limitado el ejercicio de la ciudadanía, la primera de ellas hace referencia a su pérdida, ocasionada por la renuncia a la nacionalidad colombiana y la segunda a una suspensión temporal en su ejercicio, en cumplimiento de una decisión judicial en los casos que determine expresamente la ley, caso en el cual dicha suspensión implicaría necesariamente la restricción de los derechos políticos del ciudadano.

Ahora bien, la suspensión de la ciudadanía no es la única forma de restricción de los derechos políticos en Colombia, la Constitución señala una serie de eventos que limitan su ejercicio:

Por la comisión de delitos

En efecto como se ha enfatizado en párrafos anteriores, el acceso y permanencia en las funciones o cargos públicos como derecho político predicable de los ciudadanos, la

Constitución consagra en su artículo como una de las restricciones a estos derechos de acceso, para quienes hayan sido condenados en cualquier tiempo por delitos que afecten el patrimonio del estado, la imposibilidad de ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, de ser elegidos o designados como servidores públicos y de celebrar contratos con el Estado, personalmente o por interpuesta persona. Esta inhabilidad de extiende respecto de las condenas derivadas por pertenecer, promocionar o financiar grupos armados ilegales, por cometer delitos de lesa humanidad o de narcotráfico en Colombia o en el exterior, limitación derivada del artículo 122 de la Constitución política.

Quiere decir lo anterior que, por mandato constitucional las sentencias de condena penal, por los mencionados tipos penales, genera una imposibilidad intemporal de los afectados para acceder y permanecer en el ejercicio de cargos públicos.

La misma disposición a su vez establece que tampoco podrán ser elegidos ni acceder a cargos públicos, ni celebrar contratos con el Estado aquellas personas que, en su calidad de servidores públicos sean condenados mediante sentencia ejecutoriada, a la reparación del patrimonio del Estado, dada su conducta dolosa o gravemente culposa, exceptuando de esta inhabilidad a aquellos servidores que con su propio patrimonio respondan por el valor del daño ocasionado al Estado.

Se refiere esta última situación a los casos provenientes de las acciones de repetición que afectan a los servidores públicos de las funciones señaladas.

Por razón de la nacionalidad y la Edad

La Constitución de 1991, establece restricciones por virtud de la nacionalidad y la edad, para ser elegido Senador⁹, Representante a la Cámara¹⁰, Presidente de la República¹¹. Del mismo modo, para ser designado Magistrado de las Altas Cortes, Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, entre otros.

1.2. Restricciones constitucionales de regulación de la Función pública, conferidas a la Ley

⁹ Constitución Política de Colombia, Artículo 172. *Para ser elegido senador se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección.*

¹⁰ Constitución Política de Colombia, Artículo 177. *Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección.*

¹¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 191. *Para ser Presidente de la República se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años”.*

Ahora bien, frente a la categoría jurídica que estudiamos como es la de los servidores públicos, la Constitución colombiana, a partir del artículo 122 y siguientes, regula los fundamentos constitucionales del régimen de la función pública que sin duda contempla una serie de restricciones, que en buena parte son deferidas al legislador para efectos de su configuración completa.

El artículo 124 de la Constitución delega en la ley la capacidad de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, norma de rango constitucional que se inspira en la naturaleza de vinculación positiva a derecho de los servidores públicos, es decir, de sujetos que responden en un escenario de relación de sujeción especial por sus decisiones y que se encuentran, por virtud del artículo 4 de la misma carta política, condicionados a realizar en su cargo público solamente aquello que les esté expresamente permitido, contrario de lo que ocurre con los demás ciudadanos, no servidores públicos, no sujetos a una relación especial de sujeción con el Estado, que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido.

Así mismo, de este capítulo de la Constitución relativo a la función pública puede mencionarse lo contenido en el artículo 126 constitucional, en el que se establecen una serie de restricciones que constituyen o pueden llegar a constituir fuente de inhabilidad para acceder o permanecer en los cargos públicos.

Como se puede observar desde la constitución colombiana se faculta a la ley para establecer el régimen de prohibiciones e impedimentos de acceso y permanencia en el ejercicio de cargos públicos. Evidencia de la intención del constituyente de concebir el acceso y permanencia en dichos cargos como un derecho, pero al mismo tiempo como una carga de deberes, se evidencia en la regulación expresa que hizo el constituyente del 91 sobre el ejercicio de la función pública y sobre los derechos y deberes de quienes la integran, conferidos en buena parte de la materia al legislador.

Significa lo anterior entonces que, es el propio constituyente el que legitima a la ley sin distingo del origen o categoría de los servidores públicos para que ésta fije una serie de restricciones, las más características de las cuales: el régimen de inhabilidades, de incompatibilidades y de conflictos de interés, que en últimas conduce a que un ciudadano, pueda o no acceder a un cargo público, o deba ser desvinculado del mismo.

Esta apreciación resulta ser de especial importancia para el trabajo que nos ocupa, en la medida en que, como veremos a continuación el artículo 23 de la CIDH no es una norma supra constitucional por ende debe ser armonizada con las disposiciones de la Constitución colombiana; y si como se acaba de señalar es la propia carta fundamental la que defiere en el legislador el establecimiento de una serie de restricciones de acceso y permanencia, como

han quedado enunciadas, pues debemos entrar a verificar el grado de legitimidad de las decisiones que afectan estos derechos.

Por ello es muy importante entrar a revisar el artículo 23 de la Convención, desde el concepto de bloque de constitucionalidad, como a continuación lo haremos, para posteriormente analizar si las restricciones que surgen del régimen legal colombiano derivado de la constitución son contrarias a este.

1.3. Competencia de los órganos constitucionales de control disciplinario y de control fiscal.

La Constitución Colombiana confiere a los órganos de control disciplinario y a los órganos de control fiscal, la competencia para restringir derechos políticos; en concreto los de acceso y permanencia en cargos públicos, en efecto si revisamos el capítulo relativo a las funciones del Ministerio Público y del Procurador General de la Nación, particularmente el artículo 277 superior, en el que se confiere a la Procuraduría la función preventiva, la función de intervención judicial y la función disciplinaria, se encuentra que por virtud del numeral 6° del mismo, le corresponde a este órgano de control *“ejercer vigilancia superior de la conducta 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”*.

Es decir, es la propia Constitución la que sienta las bases para que el Procurador y sus funcionarios delegados puedan imponer sanciones que en últimas terminan por restringir los derechos políticos que son objeto de estudio, inclusive los que se derivan de la elección popular.

Más claro aún es el artículo 278 constitucional que al referirse a las funciones que debe ejercer el Procurador General de manera directa, prevé la función de desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada al funcionario público que incurra en una de las faltas que allí contempla el numeral 1° de la mencionada disposición.

Por su parte el artículo 268 de la Constitución Política confiere al Contralor General de la República en su numeral 5° *“la función de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, así como imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”*.

Como se verá más adelante la responsabilidad fiscal es una modalidad de responsabilidad civil que se deriva de los daños o lesiones antijurídicas causadas a los bienes, recursos e intereses patrimoniales del Estado en el ejercicio de la gestión fiscal; la cual normalmente radica en cabeza de servidores públicos y excepcionalmente según lo regule la ley, en cabeza

de privados administradores de recursos públicos. Lo que establece la norma constitucional es la capacidad de imponer la responsabilidad fiscal conforme lo regule la ley en cabeza de dichos gestores fiscales dentro de los cuales como se ha apreciado encontramos a los servidores públicos.

En desarrollo de las disposiciones constitucionales sobre restricciones al ejercicio de cargos públicos de cualquier naturaleza y los fundamentos del ejercicio del poder disciplinario y fiscal, consagración legal de competencias para imponer responsabilidades que impiden el acceso a la función pública o conllevan a la desvinculación del servidor público en ejercicio, como ocurre con lo previsto con los efectos de la sanción de destitución y de inhabilidad especial, contemplada en el artículo 45 de la Ley 734 de 2002; y con los efectos del fallo con responsabilidad fiscal contemplados en los artículos 60 de la Ley 610 y 38 numeral 4º y párrafo del artículo 38 de la misma ley.

Así con base en lo anterior, es dable concluir que la destitución e inhabilidad general, la suspensión y la inhabilidad especial, así como la inhabilidad derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal, consagradas en el Código Disciplinario Único, constituyen claras restricciones al acceso y permanencia en la función pública en Colombia, teniendo en cuenta que implican, de una parte, la terminación de la relación del servidor público con la administración, y, de otra parte, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, aún de elección popular.

En conclusión, en la misma Constitución colombiana hay una fuente de restricciones, de tal manera que los derechos políticos que consagra la Carta, entre ellos el de acceder y permanecer en el ejercicio de la función pública, no son absolutos, se accede y permanece en esta, mientras se cumpla con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y el funcionario permanezca atendiéndolo.

En este punto debemos entrar a analizar, el problema jurídico que originó el presente trabajo, el cual se ha formulado de la siguiente manera ¿Los efectos que las decisiones administrativas, proferidas por la Procuraduría y la Contraloría, puedan tener sobre los derechos políticos de quienes resulten afectados por dichas decisiones, contrarían lo dispuesto en el artículo 23 de la CIDH?

Frente a lo anterior, resulta preciso conocer cómo se da la aplicación de la Convención Interamericana en Colombia, y su pertenencia al bloque de constitucionalidad.

2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La Corte Constitucional, ha decantado una línea jurisprudencial, que la luz de lo establecido en la normativa constitucional, ha considerado como parte de las normas constitucionales, los tratados que reconocen derechos intangibles y los de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Constitución. Al fijar su criterio sobre el particular, entiende conferido por norma constitucional de igual jerarquía a ciertos instrumentos internacionales, sin que se llegara al extremo de considerar supraconstitucionales las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia en los términos de los artículos 53, 93 y 94 de la Constitución.

En sentencia C-067 de 2003, la Corte Constitucional determinó el concepto de bloque de constitucionalidad de la siguiente manera: “(...) *El Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad” y que comparten con los artículos de texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. 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*”¹².

Sobre este mismo punto, expone la Corte, en la referida sentencia que, el concepto tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, gracias al cual se logró dar valor normativo al preámbulo de la constitución de 1958. El concepto, se utilizó en aquella época bajo el nombre de *normas de constitucionalidad y bloque de legalidad*, para hacer referencia a un conjunto de normas con el mismo poder normativo que las situadas en la Constitución.¹³

Ahora bien, situándonos en el territorio nacional, fue con la promulgación de la Constitución de 1991, que se logró dar un paso grande respecto de la introducción de las normas y disposiciones internacionales en el ordenamiento jurídico interno.

Con respecto a esta labor jurisdiccional, se tiene que, uno de los primeros fallos en aplicar el bloque de constitucionalidad, al hacer alusión a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, se dio con ocasión de la Sentencia T-409 de 1992, mediante la cual se hizo el análisis del principio de objeción de conciencia frente al deber de prestar el servicio militar.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. 4 de febrero de 2003. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm#_ftn1

Sin embargo, como se dijo en precedencia, en 1995 con la Sentencia C-225, la Corte Constitucional al revisar el Protocolo adicional del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que vale por la protección de las víctimas de conflictos armados que no tengan un carácter internacional, y la Ley 171 de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho protocolo. En aquella providencia, la Corte Constitucional definió 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. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”*

Como consecuencia de lo anterior, explica la Corte, surge el reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno, cuya connotación más importante es la del surgimiento de la necesidad de armonizar dichos principios con los preceptos constitucionales. Es decir, no en el terreno de la supraconstitucionalidad, sino a nivel de la Constitución interna.

La fuerza normativa del bloque de constitucionalidad, en el contexto que ha definido la Corte Constitucional, conlleva al entendimiento que aquellas disposiciones que forman parte del Bloque de Constitucionalidad, gozan de la misma jerarquía que la Constitución al estar situadas a la altura del texto de la propia Constitución, conformando un acervo normativo de igual rango.

“El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados”¹⁴.

En Sentencia T-653/12, la Corte Constitucional al determinar los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece lo siguiente:

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>

“Los fallos proferidos por los tribunales internacionales de derechos humanos, en ejercicio de la función jurisdiccional que le reconocen los estados, no deben encontrar obstáculos en su cumplimiento y no deben tener oposición por parte de las autoridades encargadas de cumplirlos. Los argumentos de derecho interno –sean estos de la índole que sean- no deben servir de pretexto para la mora en su acatamiento; el genio local no puede fungir como un falso espíritu protector para el Estado condenado internacionalmente, detrás del cual este pueda esconderse para no honrar sus compromisos internacionales”.

Con lo anterior queda claro no solo que, las normas que integran los tratados internacionales, ratificados por Colombia, hacen parte del ordenamiento interno y tienen rango constitucional, las cuales deben ser acogidas y aplicadas por los operadores jurídicos, sino que, en caso de conflicto con estas normas y las de derecho interno, el Estado está llamado a corregir lo que, en su ordenamiento interno contraría o atente contra el cumplimiento de dichas disposiciones.

Ahora bien, resulta imperioso precisar para concluir, que, si bien el Bloque está referido al Derecho Internacional Humanitario, al derecho de los conflictos, al conflicto armado y a los Tratados de Ginebra, también lo está respecto de aquellos tratados internacionales que desarrollan derechos que se encuentran contenidos en la Carta, lo que permite concluir que no cualquier tratado internacional se encuentra incorporado al bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, para el caso que nos ocupa, no queda duda sobre la compatibilidad que existe entre el artículo 23 de la Convención y el artículo 40 de la Constitución Política, reiterando así que la Convención Interamericana y en especial el art 23, forman parte del bloque de constitucionalidad, constituyéndose así en un punto de referencia para las autoridades al momento de adoptar sus decisiones.

2.1 Posición de la Corte Constitucional sobre la armonización del artículo 23 Convención Interamericana de Derechos Humanos con la Constitución Colombiana.

La Corte Constitucional Colombiana, en su jurisprudencia ha dedicado un espacio al estudio de la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el ordenamiento interno, en relación con las competencias de la Procuraduría General de la Nación, respecto de la posibilidad de sancionar y limitar los derechos políticos de funcionarios públicos de elección popular, exponiendo criterios que no han sido unívocos, y elaborando una interpretación un tanto amplia de este artículo convencional con las precisas disposiciones contenidas en el tratado sobre la lucha contra la corrupción.

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de noviembre de 2017, Radicado N° 110010325000201400360 elaboró un análisis de las lecturas de los

pronunciamientos efectuados por parte de la Corte Constitucional, dentro del cual se resalta lo siguiente, sobre el alcance de la disposición convencional:

Criterio restrictivo (Sentencias C-551 de 2003 y C-541 de 2010)

En primera instancia, la Corte fijó como criterio que la inhabilidad prevista por el artículo 122 de la Constitución solo operaba si el servidor público era condenado penalmente, aplicando literalmente el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa oportunidad señaló:

“(…) esta segunda frase del numeral 1º puede ser armonizada con la Convención Interamericana, si se entiende que también hace referencia a sentencias en procesos de naturaleza penal. Y como, en virtud del principio Pacta Sunt Servanda, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (C.P., art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado. Entonces, entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Esto es, aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (C.P., art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona. Y por ello la Corte concluye que, de ser aprobado el numeral 1º, debe entenderse que la segunda frase del mismo hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada en un proceso penal y por ello no existe una contradicción entre el numeral 1º y la Convención Interamericana (...)¹⁵”.

Criterio integrador (Sentencia C-028 de 2006)

Al efectuar el análisis de constitucionalidad de varias normas de la Ley 734 del 2002, entre ellas el numeral 1º del artículo 44¹⁶; el literal d, del artículo 45¹⁷, y el inicio primero del artículo 46¹⁸ la Corte, indicó que la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos de elección popular no es contraria al artículo 23.2 de la CADH, siempre y cuando la medida tenga por objeto, entre otras, la protección del erario público.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>

¹⁶ Ley 734 de 2002, 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.

¹⁷ Ley 734 de 2002, Artículo 45. Definición de las sanciones.

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.

¹⁸ Ley 734 de 2002, 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.

“(…) En este orden de ideas, 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. Y de manera puntual estableció que el artículo 23 Convencional “no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción”¹⁹.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional concluyó que: *“la limitación que conoce el derecho político de acceso a cargos públicos debido a la imposición de una sanción disciplinaria no resulta ser desproporcionada o irrazonable, por cuanto busca la obtención de fines constitucionalmente válidos, en especial, la salvaguarda de la moralidad pública”.*

Criterio de interpretación amplia (Sentencias SU-712 de 2013 y SU- 355 de 2015)

Mediante dichas providencias unificadoras de jurisprudencia, la Corte reafirmó la competencia del Procurador General de la Nación, para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, sin importar la naturaleza de la conducta, es decir, no limitó el fundamento de la sanción a los actos de corrupción.

En la sentencia SU-712 del 2013, la Corte Constitucional, trajo a colación las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Baena Ricardo y otros Vs. Panamá y Vélez Loor Vs. Panamá, considerando la siguiente posición al respecto *“(…) “las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas”, siendo lo importante y esencial que en el marco de esas actuaciones se respeten el debido proceso y las garantías que le son inherentes”²⁰.*

Estableciendo como conclusión la siguiente: *“Una postura en sentido contrario conduciría al extremo de sostener que en ningún caso el Procurador puede imponer sanciones que impliquen la restricción de derechos políticos como el sufragio pasivo. Aún más, ni siquiera el propio Consejo de Estado, en el marco de un proceso jurisdiccional de pérdida de investidura, podría restringir el ejercicio de derechos políticos, por cuanto no sería una sanción impuesta por un “juez penal”. Todo ello en abierta contradicción con lo previsto en la Carta Política de 1991, que sí autoriza este tipo de decisiones”.*

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm>

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia de Unificación SU-712 de 2013. Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU712-13.htm#_ftn148

Lo anterior para significar, que, en efecto, la posición actual de la Corte Constitucional consiste en que la aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, y que la institucionalidad del cada uno, es lo que les permite establecer los parámetros y criterios legales para la configuración de la restricción de los derechos políticos. Teniendo como pilar fundamental la consecución de los principios que gobiernan la función pública y el interés general.

No se ha pronunciado la Corte, sobre las consecuencias que traería para el postulado de la igualdad material, el que se conciban en el ordenamiento jurídico consecuencias restrictivas para el acceso o permanencia en un cargo público que tengan efectos distintos para cargos que no son de elección popular frente a los que sí tienen esa calidad, cuando la Constitución Colombiana, en atención a otros valores y principios constitucionales igualmente legítimos no ha distinguido tratamiento diferente frente a sanciones disciplinarias o frente a la imposición de la responsabilidad fiscal.

3. RESTRICCIÓN DEL DERECHO POLÍTICO DE ACCESO Y PERMANENCIA A LA FUNCIÓN PÚBLICA POR PARTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Naturaleza del derecho administrativo sancionador y su autonomía frente a otras formas de responsabilidad.

Según la Corte Constitucional, el *ius puniendi*, es una disciplina compleja, que se manifiesta en cuatro especies de derecho: penal, contravencional, disciplinario y correccional. A excepción del derecho penal, las demás áreas que forman parte del derecho punitivo del Estado, hacen parte del derecho administrativo sancionador.

La jurisprudencia constitucional sitúa el derecho administrativo sancionador por fuera de la tridivisión clásica de poderes, partiendo del hecho de que, la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-818 del 2005, precisó lo siguiente: “*En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal*”²¹.

Ahora bien, respecto del derecho disciplinario, según la sentencia en cita, “*se concreta en la facultad que se le atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios*”. Pretendiéndose con dicha facultad lograr el cumplimiento de los principios que rigen la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Desde esta perspectiva, la Corte ha establecido que “*el derecho disciplinario es una rama esencial en el funcionamiento de la organización estatal, pues se encuentra orientado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso,*

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>

la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarlas”²².

Elementos de la responsabilidad disciplinaria.

De conformidad con el artículo 4 del Código Disciplinario Único, el servidor público solo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta disciplinaria en la ley vigente al momento de su realización.

Bajo ese entendido, en lo atinente a la categoría de la tipicidad, el artículo 23 ídem, estableció que, constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en dicho código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

De otra parte, el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, dispone que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Se configura la llamada ilicitud sustancial²³ cuando el servidor público se aleja de la atención de los compromisos que corresponden a la labor que cumple. La corte Constitucional, en sentencia C-948 de 2002, precisó que en materia disciplinaria: *“la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas”²⁴.*

Siendo dicho incumplimiento, el que determina la antijuridicidad de las conductas reprochables por la ley disciplinaria, sin embargo, determina que: *“no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta”²⁵.*

²² Ibídem

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-452 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, 24 de agosto de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-452-16.htm>

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, 6 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-948-02.htm>

²⁵ Ibídem.

La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación ha determinado que, a lo anterior, debe agregarse que no solo basta con desplegar una conducta contraria a los deberes del funcionario, sino que, esta debe afectar de manera sustancial el desarrollo de la función pública, *es la afectación del deber funcional el que determina la antijuridicidad, “no se trata de un desconocimiento o una simple infracción del deber legal, sino que impone que sustancialmente se atente contra el Estado, sus fines en el marco de la prestación del servicio, o el desarrollo de la labor”*²⁶.

En este mismo sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, la afectación del deber funcional será sustancial por estar en contravía de los principios que de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política, orientan las actuaciones de la Administración

Finalmente, como elemento para que se configure la ilicitud sustancial, se necesita además verificar la inexistencia de situaciones que conforme al ordenamiento jurídico justifiquen la realización de un comportamiento típico y antijurídico, que puedan exonerar al funcionario de responsabilidad disciplinaria, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 28 del estatuto disciplinario.

Ahora bien, con relación al elemento de la Culpabilidad²⁷, se entiende ésta como un juicio de reproche que se hace al sujeto disciplinable que pudiendo y debiendo actuar de conformidad con las normas vigentes y los deberes y obligaciones a cargo, no lo hace. Adicionalmente, según el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, por lo que las faltas disciplinarias solo son sancionables cuando se cometen a título de dolo o culpa.

La Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, mediante sentencia del 31 de enero de 2018, con radicado N° 17001233300020140003201²⁸, analizó el factor “culpabilidad” y estableció que el contenido de los conceptos culpa grave y culpa gravísima tienen contenido propio en el artículo 44²⁹, parágrafo de la Ley 734 de 2002, mientras que el concepto de dolo

²⁶ Sala Disciplinaria, procuraduría General de la Nación, Ponente Dr., Jaime Mejía Ossman, decisión del 4 de mayo de 2018. Disponible en:

<https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.PirelTesauroPageFactory>

²⁷ Consejo de Estado. Sentencia Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente, Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 31 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86961>

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Ley 734 de 2002, Artículo 44. Clases de Sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

PARÁGRAFO. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

debe ser observado desde el artículo 22³⁰ del código penal, por remisión expresa del artículo 21 de la Ley 734 de 2002.

Para que se configure falta disciplinaria, deben concurrir los requisitos de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad.

Limitaciones de los derechos políticos como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad Disciplinaria.

En relación con el desarrollo constitucional que se le ha dado a esta potestad de la administración, es preciso revisar los siguientes artículos:

De conformidad con las funciones atribuidas en el Artículo 277, al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, entre sus funciones, tendrá la de: “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*”.

Así mismo, el artículo 278 ibídem impone al Procurador General de la Nación ejercer de manera directa, entre otras, la función de “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*”.

En desarrollo de esta competencia, el Procurador General de la Nación se encuentra facultado para sancionar a los servidores públicos, incluso los de elección popular, con “destitución e inhabilidad general, cuando cometen faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima”³¹, o con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, o con inhabilidad permanente “*cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado*”, conforme con el artículo 44, numerales 1 y 2, y 46 de la Ley 734 del 2002, implicando ello una restricción al ejercicio de los derechos políticos.

³⁰ Ley 599 de 2000, Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

³¹ Ley 734 de 2002, numeral 1, 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.

Por su parte, la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, en una primera instancia, en decisión del 5 de marzo de 2014³², la Sala Plena resolvió la Acción de Tutela que interpuso el ex Alcalde Gustavo Petro en contra de la Procuraduría General de la Nación, por la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al ejercicio de los derechos políticos, a la honra y al buen nombre, los cuales considera vulnerados, por el Ministerio Público, por la expedición del Acto Administrativo por medio del cual se le sancionó con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos.

En dicha ocasión, el Consejo de Estado declaró la improcedencia de la acción, de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, debido a que el accionante contaba con otro medio judicial idóneo y eficaz, esto es, el de nulidad y restablecimiento del derecho, para solicitarle al Juez de lo Contencioso Administrativo la nulidad de los actos administrativos proferidos dentro de la actuación disciplinaria No. IUS 2012-447489 IUC D-2013-661-576188.

Dentro del análisis efectuado por el Consejo de Estado respecto de la competencia de la Procuraduría, para imponer sanciones que impliquen la restricción de derechos políticos de personas elegidas popularmente, revisó el alcance de la sentencia C-028 de 2006 de la Corte Constitucional, en la cual, dispuso que según el ordenamiento jurídico interno y lo establecido en el artículo 30³³ de la Convención IDH, dicha competencia resultaba legítima.

Por lo anterior, la Sala Plena del Consejo de Estado, en esa oportunidad concluyó respecto de la competencia de la Procuraduría que: *“no hay duda de que las determinaciones adoptadas por el órgano de control sobre los derechos políticos del peticionario no representan de por sí un desconocimiento de los derechos garantizados por los artículos 23 de la CADH y 40 de la Ley Fundamental colombiana”*.

Por otra parte, en sentencia del 15 de noviembre de 2017 dentro de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho, impetrada por el ex Alcalde de Bogotá, Gustavo Petro, el Consejo de Estado, analizó nuevamente la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la competencia del Procurador General de la Nación.

La Corte, como se vio en anterioridad, en la Sentencia C-028 del 2006, consideró que la aplicación del bloque de constitucionalidad debía enmarcarse en una interpretación

³²Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón. [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-42-000-2013-06871-01\(IJ\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-42-000-2013-06871-01(IJ))

³³ Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

coherente, sistemática y teleológica, con el propósito de lograr conciliar las reglas de uno y otro estatuto.

Así mismo, hizo mención a la sentencia SU-355 del 2015, mediante la cual la Corte Constitucional consideró que, frente a la competencia del Procurador General de la Nación, para sancionar a los funcionarios públicos, incluidos los elegidos por voto popular, se había configurado la cosa juzgada constitucional, teniendo en cuenta la decisión adoptada a través de la sentencia C-028 del 2006³⁴, en la cual se puntualizó que:

“i) la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluidos los de elección popular, resultaba constitucionalmente válida y que ii) así mismo, se consideraba válida la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general en los casos en que los funcionarios públicos incurrieran en una falta gravísima dolosa o la realizaran con culpa gravísima”

Lo anterior, supone que, debido a que sobre la competencia atribuida al Procurador General de la Nación para imponer la sanción de destitución a servidores públicos de elección popular, ya existe pronunciamiento³⁵, por lo cual no podría entrar a estudiar el tema nuevamente, teniendo en cuenta que:

“4.2. La Corte debe señalar que, según lo decidido en las sentencias C-028 de 2006 y C-500 de 2014, y con fundamento en los artículos 277 y 278 de la Constitución: (i) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluyendo a los de elección popular -con excepción de aquellos que se encuentren amparados por fuero-; y (ii) es constitucionalmente válida la competencia de la PGN para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general cuando se cometan las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

4.3. En materia de la competencia para destituir e inhabilitar servidores públicos -excepto, aforados-, incluso de elección popular, se ha configurado la cosa juzgada constitucional. En esa medida, no es posible cuestionar o discutir la validez constitucional de la referida competencia de la Procuraduría”

Limitaciones de los derechos políticos como consecuencia de la imposición de una sanción disciplinaria que implique la desvinculación o separación del cargo y la imposición de una inhabilidad general o especial.

Teniendo en cuenta que el objetivo principal de este trabajo no fue definir si la Procuraduría tenía competencia o no dentro del territorio nacional para restringir los derechos políticos de los ciudadanos, porque como se evidenció en precedencia, el constituyente del 91 le atribuyó dichas facultades. Sin embargo, en el entendido de que Colombia forma parte de la Organización de Estados Americanos y ratificó la Convención Americana de Derechos

³⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Sentencia de 15 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente Dr. César Palomino. Disponible en. [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=11001-03-25-000-2014-00360-00\(IJ\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ))

³⁵ Ibídem.

Humanos, surge la inquietud de, si no irá en contravía de las disposiciones del instrumento internacional referido, el hecho de que tenga normas constitucionales dentro de su ordenamiento jurídico interno que puedan contrariar las disposiciones de este.

En razón de lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia previamente citada del 15 de noviembre de 2017, bajo el entendido de que la Corte Constitucional en los pronunciamientos reseñados *“no examinó los preceptos y normas que prevén las competencias de la Procuraduría General de la Nación frente a la posibilidad de sancionar con destitución e inhabilidad, para el ejercicio de derechos políticos, a funcionarios de elección popular que se encuentren inmersos en conductas contrarias a Derecho, pero que no constituyen per se casos reprochables de corrupción o constitutivos de tales actividades, estableció que le correspondía a dicha corporación, como juez de convencionalidad, examinar, la competencia de la Procuraduría General de la Nación a la luz de las normas convencionales y, si es del caso, inaplicar aquellas disposiciones de orden interno que no se acompasen con el precepto establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*.

Frente al criterio integrador plasmado por la Corte Constitucional en Sentencia C-028 del 2006, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera que, *“(…) de acuerdo con la ratio decidendi de este pronunciamiento, la regla jurisprudencial que de allí se desprende es que la competencia que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular se ajusta al artículo 23.2 de la CADH solo en cuanto que la actuación del órgano de control se encamine a prevenir hechos de corrupción o a conjurar actos de servidores públicos que promuevan y constituyan casos reprochables de corrupción, función que desarrolla en cumplimiento de los fines previstos internacionalmente, entre ellos, la obligación adquirida por el Estado Colombiano en tratados de lucha contra la corrupción. Regla jurisprudencial que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme con el artículo 243 de la Constitución Política, que señala que los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”*³⁶.

La Sala Plena consideró, bajo la interpretación preferente de los artículos 277, numeral 6, de la Constitución Política y 44, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, que la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para afectar o limitar los derechos políticos de Gustavo Petro para elegir y ser elegido, a la luz del ordenamiento jurídico interno como tampoco frente al derecho internacional.

³⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso. Disponible en. https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1892_CE-Rad-2014-00360-00%20GUSTAVO%20PETRO.pdf

Adujo la Sala en dicha oportunidad que, el demandante no fue objeto de reproche en proceso penal, lo que justifica el análisis y aplicación del artículo 23 de la CIDH, en el referido caso. Por lo tanto, en virtud del control de convencionalidad del artículo 44, numeral 1 del Código Disciplinario Único, consideró que ante la incompatibilidad entre la disposición y el artículo 23, inciso 2, de la Convención, declaró la nulidad del acto administrativo proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se impuso la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Petro y la decisión proferida por la misma autoridad, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia que ordenó la sanción.

En este estado de las cosas, surge la inquietud frente a la restricción de los derechos políticos de los funcionarios públicos que hubieren cometido actos de corrupción, si de igual manera están siendo juzgados por una autoridad administrativa, situación contraria a la preceptuada en el artículo 23, de la Convención, y aunado a ello, la disposición contenida en el literal d del artículo 7, del Protocolo adicional a esta, en el caso de los servidores públicos que no fueron elegidos por votación popular.

Respecto del punto anterior, la providencia del Consejo de Estado precitada, frente a los actos de corrupción, ratificó la competencia de la Procuraduría General de la Nación, incluso frente a funcionarios de elección popular, con sustento en la *ratio decidendi* de la Sentencia C-028 de 2006 y los compromisos internacionales adquiridos por Colombia con la suscripción de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

En efecto, tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, implican el compromiso de los estados firmantes, en adoptar las medidas pertinentes en el derecho interno a fin de prevenir y sancionar a quienes cometan actos de corrupción, como lo señala el numeral 2, del artículo 2, de la Convención, que establece como propósito de dicho tratado: *Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio*³⁷. Situación que se puede ver, de igual forma en la Convención de Naciones Unidas, en el artículo 1º, que señala como finalidad del instrumento, *Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción*³⁸.

Los anteriores reglamentos, establecidos en el derecho internacional contienen disposiciones en aras de avanzar en la lucha contra la corrupción y así mismo, han sido incorporados en

³⁷ Página web oficial de la Organización de los Estados Americanos - OEA-. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp

³⁸ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Nueva York, 2004. Disponible en: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

debida forma por Colombia a su ordenamiento jurídico interno, por lo tanto, son vinculantes y por ello, constituyen una excepción en virtud de la cual se deja al margen de apreciación de cada Estado el establecimiento de medidas y los órganos encargados de hacer efectivas las disposiciones allí establecidas.

Ahora bien, dentro de la estructura institucional del Estado Colombiano, la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo, juega un papel transcendental en el compromiso internacional que asumió el Estado al suscribir La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y aprobada por la Ley 970 del 2005, y declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-172 del 2006.

Por lo anterior, es que se llega a la conclusión de que la Procuraduría General de la Nación, tiene competencia sancionatoria frente a funcionarios públicos, independientemente que sean elegidos popularmente o no, en los casos en los cuales dichos funcionarios hayan incurrido en actos de corrupción, entendiéndose por tales, las conductas establecidas en las Convenciones Internacionales, adheridas en la materia.

4. RESTRICCIÓN DEL DERECHO POLÍTICO DE ACCESO Y PERMANENCIA A LA FUNCIÓN PÚBLICA POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Sobre la naturaleza resarcitoria del proceso de responsabilidad fiscal y su autonomía frente a otras formas de responsabilidad.

En relación con la naturaleza, autonomía, finalidades y características del proceso de responsabilidad fiscal, varias veces se ha pronunciado la Corte Constitucional. Así, sobre la autonomía y el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal, la sentencia SU-620 de 1996, establece que:

“Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que, si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94”.

Sobre este mismo punto en sentencia C-189 de 1998, al recabar sobre el carácter eminentemente protector del patrimonio público, de la acción de responsabilidad fiscal, la Corte señaló que:

“Los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa”. (subraya fuera del texto).

Luego la C-648 de 2002, al tomar en consideración la posibilidad que sobre un mismo asunto puedan imputarse distintas formas de responsabilidad, reitera lo anterior al señalar que:

“De lo expuesto se infiere entonces que el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección.”

En acopio de lo anterior, la sentencia C-557 de 2009, al hacer mención al procedimiento administrativo para imponer la responsabilidad fiscal a sujetos particulares y concretos, señala

que este trámite tiene como características propias, las siguientes: “(i) origen único y exclusivo en el ejercicio de un control fiscal sobre los servidores públicos y los particulares jurídicamente habilitados para administrar y manejar recursos o bienes públicos; (ii) naturaleza administrativa más no jurisdiccional; (iii) proceso patrimonial y no sancionatorio, cuya finalidad es esencialmente reparatoria; (iv) responsabilidad independiente y autónoma de otros tipos de responsabilidad, como disciplinaria o la penal; (v) responsabilidad de carácter subjetivo, dado que es necesario determinar si el imputado obró con dolo o culpa; y finalmente (vi) observancia plena de las garantías sustanciales y procesales propias del debido proceso, de conformidad con los artículos 29 y 209 Superiores.”

Elementos de la responsabilidad fiscal.

Es importante resaltar que de conformidad con el artículo 5° de la ley 610 de 2000 y del régimen que del mismo se desprende, que los elementos que caracterizan la responsabilidad fiscal, a grandes rasgos, tienen la siguiente configuración:

Dada la naturaleza de responsabilidad subjetiva, la atribución de responsabilidad fiscal exige que todos y cada uno de los elementos que la integran, sean probados por quien la alega, lo que significa que, los órganos de control fiscal como titulares que son de la capacidad de atribuir la responsabilidad fiscal tienen la carga de probar en grado de certeza:

1. La existencia del daño fiscal;
2. Que su ocurrencia tuvo lugar en ejercicio o ámbito de la gestión fiscal o con ocasión de la misma;
3. Que el daño fue fruto de una conducta dolosa o culposa de quienes en el contexto de la gestión fiscal generan o contribuyen a la generación del daño;
4. Probar la existencia de nexo causal entre la conducta y la generación del daño.

La existencia del daño fiscal

El daño fiscal, de conformidad con el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, consiste en una “*lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna...*”

Como en toda forma de responsabilidad patrimonial, el daño fiscal, es una modalidad de daño antijurídico no solo por cuanto se trata de una lesión cuyo titular, el Estado, no tiene el deber de soportar; sino fundamentalmente porque en su naturaleza es un daño que se produce como consecuencia de una actividad calificada por el ordenamiento jurídico como gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, contraria al régimen jurídico

que la regula y en contravía de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. Un daño patrimonial, entonces, es un daño fiscal por generarse en acciones u omisiones contrarias al “*deber ser*” de la gestión fiscal.

No basta con la certeza del daño si no se cuenta con la certeza de las consecuencias que el mismo produjo para el patrimonio público. De allí que sea determinante dar al alcance a las expresiones del artículo 6° de la Ley 610 de 2000, en la medida en que la lesión al patrimonio público debe ser probada en sus consecuencias de detrimento, menoscabo etc., de tal que, a partir de una cuantificación cierta del daño, se pueda cumplir con una de las reglas básicas de toda forma de responsabilidad extracontractual como es la de la reparación integral del daño causado.

Debe tenerse claro que, como toda forma de responsabilidad subjetiva, el daño al que se alude con la responsabilidad fiscal, debe ser un daño personal, es decir, que afecte a una determinada entidad o sujeto público o titular del patrimonio público y, por otra parte, que pueda ser imputado o que pueda hacerse exigible bien sea frente a un servidor público o una persona de derecho privado en quien resida la condición de gestores fiscales o de contribuyentes a la generación del daño por virtud de una relación directa con la gestión fiscal.

Como en toda forma de responsabilidad extracontractual, el daño al que se hace referencia con la responsabilidad fiscal debe ser un daño por consiguiente probado, causado o de cuya causación o efecto se tenga plena certeza o cuantificación³⁹. Así las cosas, como resultado de la anterior concepción, de igual manera al ser la responsabilidad fiscal como toda responsabilidad extracontractual resarcible de manera integral, de tal manera que, quien sufre el daño, en este caso el órgano de control fiscal como acreedor fiscal, tiene que probar la existencia de los elementos que integran dicha forma de responsabilidad.

De igual forma se destaca, que debe tratarse de un daño que afecte el patrimonio público, que se traduzca en una lesión a los elementos que lo integran. En sentencia de la Sección Primera de 13 de mayo de 2010, Exp. 2006-04776-01(AP), el Consejo de Estado, señaló:

³⁹ Sobre la certeza del daño fiscal y sus consecuencias, ha señalado el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Primera, de 16 de febrero de 2012, Rad.2001-00064-01: “*Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño (...). En armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo, es decir, establecerlo en cifras concretas y en su real magnitud. Por consiguiente, en concordancia con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, el fallo que reconozca la responsabilidad fiscal solo puede proferirse cuando en el proceso obren las pruebas suficientes que conduzcan a la existencia del daño al patrimonio público y su cuantificación, y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente (dolo o culpa grave) y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.*”

“Se entiende por patrimonio público la totalidad de bienes, derechos y obligaciones correspondientes o propiedad del Estado, que le sirven para el cabal cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con lo dispuesto para ello en la legislación positiva⁴⁰.

En un sentido amplio de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, se ha considerado que en él se incluyen los bienes inmateriales y los derechos e intereses no susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es llamado, -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos. Tal es el caso del territorio nacional, del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, respecto de la cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un “dominio eminente” por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad. Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o sus diversas entidades⁴¹.

La protección del patrimonio público busca que los recursos del Estado sean igualmente administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales.

La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista en pro de la protección normativa de los derechos e intereses colectivos.

Con la definición del patrimonio público, se hace referencia a bienes, recursos e intereses patrimoniales⁴² del Estado, de los cuales bien podemos señalar que se trata de los que tienen titularidad pública, tanto el derivado del dominio eminente como el típicamente fiscal o de dominio ordinario. Así mismo, que existen recursos que se inscriben en el patrimonio público por tener origen en el mismo, por estar destinados a su satisfacción y/o por estar bajo la administración de una entidad de carácter público.

Que su ocurrencia tuvo lugar en ejercicio o ámbito de la gestión fiscal o con ocasión de la misma

El artículo 1° de la Ley 610 de 2000, señala la calidad de los sujetos capaces de responder fiscalmente, al respecto señala: *El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y*

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de mayo de 2002. AP-25000-23-24-000-1999-01 (AP-300). M.P. Dra. Ligia López Díaz.

⁴¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. AP-25000-23-25-000-2004-00413-01. M.P. Dr. Mauricio Fajardo.

⁴² En relación con los intereses patrimoniales ha señalado la jurisprudencia (Corte Constitucional, C-340 de 2007), que: *“Tal como se puso de presente en la Sentencia C-840 de 2001 [18], los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, se limita a una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución.”*

establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Por consiguiente, es característica de la responsabilidad fiscal, a diferencia de otras formas de responsabilidad extracontractual, el que la actividad en la que se produce el daño fiscal, actividad calificada y especializada de la que son titulares sujetos calificados a quienes se les permite imputar la responsabilidad

El sujeto activo de la responsabilidad fiscal es un sujeto cualificado por cuanto con su conducta, bien sea por acción u omisión, genera el daño o contribuye a la generación del mismo; bien como titular directo o con ocasión de la gestión fiscal, fruto de una intervención funcional necesaria en la misma, según puede observarse y derivarse de lo que expresamente consagra el legislador en los artículos 1º y 6º de la Ley 610 de 2000.

Del régimen jurídico derivado de la Ley 610 de 2000, se infiere que el responsable fiscal, no necesariamente debe ser el gestor fiscal directo, sino que, por virtud de una incidencia o intervención necesaria, es posible que la responsabilidad fiscal también se extienda a otro tipo de sujetos que “*con ocasión*” de la gestión fiscal implicada, puedan generar o contribuir a la generación del daño fiscal. Solo que para que tal hipótesis se soporte, es requerido que ese sujeto interfiera en el contexto en una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la citada gestión fiscal⁴³.

La gestión fiscal, como modalidad de función y actividad administrativa del Estado, a cargo de servidores públicos y de sujetos de derecho privado, conforma todo un régimen jurídico que cualifica el ámbito o contexto de atribución de la responsabilidad fiscal por cuanto la misma sólo puede ser referida a situaciones que generan daño al patrimonio público, como

⁴³ Sobre la expresión, “*o con ocasión de esta*”, se pronunció, la Corte Constitucional en la sentencia ya citada C-840 de 2001, para declarar su exequibilidad con la Carta, a la luz de lo siguiente: “*El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado. (...) Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes, en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado^[1], siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales”*

consecuencia de acciones u omisiones que se suscitan y solo pueden ser valoradas dentro del marco funcional y obligacional de las relaciones jurídicas que integran la gestión fiscal.

En relación con los alcances del concepto de gestión fiscal, si miramos el contenido del artículo 3° de la Ley 610 de 2000 y los criterios sentados por la Corte Constitucional, en sentencia C-840 de 2001,⁴⁴ podemos caracterizar a la gestión fiscal con los siguientes elementos estructurales:

Conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado.

⁴⁴ Sentencia C-840 de 2001: “En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política **la gestión fiscal** no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino, ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, al tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Por esto mismo, a título de corolario se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes “completos” pero inertes (...)

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares¹¹, sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.”

De allí que se destaque el enfoque programático al que deben estar vinculadas todas las hipótesis de administración de bienes, recursos e intereses públicos como medios para el logro de los fines estatales; y como referente para establecer si la respectiva gestión fiscal es oportuna, económica, eficiente y completa pues de no ser así, se estaría frente a la posible exigencia de responsabilidades. Sin otro tipo de diferenciaciones, se trata de actividades que son ejercidas por los servidores públicos titulares de las entidades públicas y por personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos.

Las actividades que integran la gestión fiscal, implica que sus titulares tengan asignada la competencia para disponer de los bienes o recursos públicos o intereses patrimoniales del Estado y, por tanto, capacidad directa de disposición sobre los mismos que se expresan en su adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión, recaudación o manejo.

La titularidad de gestión fiscal, de los servidores públicos o de los privados, está sujeta a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. Como modalidad de administración de bienes ajenos, la gestión fiscal implica una relación de sujeción especial, que somete a sus titulares a los principios rectores que se mencionan en el artículo 267 de la Constitucional, en el artículo 3º de la Ley 610 y a los generales de la función administrativa.

La alusión a los alcances del concepto de gestión fiscal le permite determinar el ámbito competencial de los órganos de control fiscal, sobre todo tipo de entidad y/o sujeto que ostente la titularidad de decisión o incidencia sobre estos recursos, bienes e intereses.

Que el daño fue fruto de una conducta dolosa o culposa de quienes en el contexto de la gestión fiscal generan o contribuyen a la generación del daño;

La responsabilidad fiscal es de naturaleza subjetiva porque para configurarse, se requiere como condición sine qua non, que el sujeto activo de la acción u omisión que dio lugar al daño del patrimonio público en desarrollo de la gestión fiscal, haya participado a título de dolo o de culpa grave para la consolidación del hecho o acto generador de la lesión antijurídica.

Si consideramos que los gestores fiscales, son servidores públicos o particulares que administran recursos públicos, hacemos referencia a una modalidad de función pública. Dicho en otras palabras, la gestión fiscal es una función pública.

En ese orden de ideas, sus titulares ostentan unos deberes funcionales que deben ser conocidos de antemano para acceder a la labor. Este es un referente importante para comprender los conceptos de dolo y culpa grave, si se tiene en cuenta que el dolo implica la

capacidad de conocer previamente las consecuencias de una determinada acción y de determinarse conforme a ello; y que la culpa grave atiende a la falta de objetivo de cuidado en el manejo de los asuntos públicos que se le han confiado al sujeto activo, por virtud de su titularidad como gestor fiscal.

Por otra parte, la culpabilidad dolosa o gravemente culposa debe ser objeto de prueba por parte del respectivo órgano de responsabilidad fiscal, aún en consideración de las presunciones que se contemplan en el citado artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, pues aún en tales casos que, solo aplican con posterioridad a esta ley, el operador fiscal debe probar cada uno de los elementos de las causales que integran este artículo, para que, a su vez, pueda entrar a operar la respectiva presunción.⁴⁵

Probar la existencia de nexo causal entre la conducta y la generación del daño.

El nexo causal se puede definir como la relación directa y consecencial entre el origen y la generación del daño fiscal, es un vínculo de causa a efecto. Es decir, que implica la determinación de que un hecho es la causa de un daño, lo que en materia fiscal significa determinar si la conducta desplegada en la gestión fiscal o con ocasión de ésta, fue la causa eficiente y determinante del menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, de manera que a ciencia cierta se pueda establecer, aducir o imputar el resultado dañino a la conducta activa u omisiva del sujeto activo.

Dada la naturaleza de la responsabilidad fiscal, en la concepción prevista en la Ley 610 de 2000 y en los capítulos pertinentes de la Ley 1474 de 2011, que parte de la premisa conforme a la cual el daño debe generarse como consecuencia de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, la determinación del nexo causal tiene como referente el concepto de la causa eficiente o adecuada, entendida como aquella sin la cual el daño no se hubiera producido. Por consiguiente, es la causa que atribuible a un sujeto o conjunto de sujetos, en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, resulta ser idónea y eficiente para generar el daño, visto la secuencia de las circunstancias de tiempo y modo. Es la que normalmente, de producirse genera una determinada consecuencia manifestada, en este caso, en la producción de un daño fiscal.

La imputación fiscal, exige probar que el daño se generó en desarrollo de la gestión fiscal o con ocasión de la misma y como consecuencia de un obrar antijurídico que, por lo tanto, debe

⁴⁵ Adicionalmente, las causales del artículo 118 citado, se circunscriben a unas muy puntuales situaciones, que excluyen el resto universal de las posibles situaciones que pueden generar responsabilidad fiscal, las cuales al estar por fuera de lo contenido en la Ley 1474 de 2011, deben someterse integralmente al principio de *onus probandi incumbit actor*, cuyo peso recae esencialmente en cabeza de la Contraloría como titular de la acción fiscal.

ser acreditado en todos los casos concretos y dentro de la prueba del nexo causal. Si hay daño, pero no dentro de la gestión fiscal dicha afectación al patrimonio público se deberá reivindicar en otro tipo de responsabilidad patrimonial que no será en todo caso la responsabilidad fiscal.

De allí que la determinación de la causa del daño fiscal y, por tanto, el establecimiento del nexo causal como elemento material de la responsabilidad fiscal y fundamento de la imputación jurídica a uno o a unos determinados sujetos activos, exige concomitantemente la acreditación y prueba de su acción u omisión en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de la gestión en cuyo seno trae causa el daño producido que se les puede atribuir.

Efectos de los fallos con responsabilidad fiscal.

Del análisis del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, emanan las siguientes reglas:

- A. La publicación trimestral del boletín de responsables fiscales, por parte de la Contraloría General de la República, el cual debe incluir un listado de las personas naturales o jurídicas, sobre las que recaigan los siguientes requisitos:
 - Que el fallo con responsabilidad fiscal proferido en su contra se encuentre en firme y debidamente ejecutoriado.
 - No haber satisfecho la obligación patrimonial que del mismo fallo se deriva, es decir, que no hayan resarcido el patrimonio público.
- B. El deber de todas las Contralorías Territoriales, so pena de causal de mala conducta, de incluir en dicho boletín, la información de las personas naturales o jurídicas en contra de las cuales exista un fallo con responsabilidad fiscal en firme; si hubiesen o no acreditado el pago, listado de los fallos objeto de nulidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y de las revocaciones directas que se hubiesen proferido.
- C. So pena de incurrir en causal de mala conducta, los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, posesionar o “*celebrar cualquier tipo de contrato*” con quienes aparezcan reportados en el boletín de responsables fiscales. Entendiéndose por nominadores y demás funcionarios competentes, a todo aquel que por virtud de la ley detente la competencia para nombrar y posesionar en cargos públicos; o celebrar contratos públicos.

Al hacer referencia la citada norma a “*cualquier tipo de contrato*”, se entiende que hace referencia a toda forma de pactos, acuerdos, convenios o contratos, independientemente del régimen jurídico aplicable, en los que sea parte una entidad pública.

Sobre esta obligación, recae la carga de agotar la debida diligencia, es decir, que al momento de nombrar y posesionar en cargos públicos; o para celebrar contratos públicos, los

funcionarios competentes en caso de no contar con el boletín actualizado tienen el deber de consultar a la Contraloría General de la República sobre esta materia.

Al efectuar la Corte Constitucional un análisis sobre este punto, en sentencia C-427 A de 2011, señala lo siguiente: *“Visto de esta manera, se puede constatar que los fallos de responsabilidad fiscal, representan para sus infractores la inclusión obligatoria en una lista o boletín que les impide ser nombrados o celebrar cualquier tipo de contrato con la administración pública, hasta tanto no cancele la suma debida por ocasionar daño al patrimonio económico del Estado.”*

Así mismo, al realizar un análisis de los alcances del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, la Corte Constitucional de manera reiterada ha justificado su contenido y alcances, en tal la Sentencia C- 877 de 2005, avala el contenido, objeto y características de la información reportada en el boletín de responsables fiscales:

“4.1.1. Su contenido. Crea un boletín de responsables fiscales a cargo de la Contraloría General de la República que contendrá los nombres de las personas -naturales o jurídicas- a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y que no hayan satisfecho la obligación contenida en él. El boletín se publica con periodicidad trimestral y es alimentado con la información suministrada por las contralorías territoriales que consiste en una relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, las que hubieren acreditado el pago correspondiente, los fallos que hayan sido anulados por la jurisdicción contenciosa y las revocatorias directas que se hayan proferido, ello con el fin de incluir o retirar sus nombres del boletín. Contempla, además, que los nominadores y demás funcionarios competentes deberán abstenerse de nombrar o posesionar a quienes allí aparezcan.

4.1.2. El objeto del boletín. La finalidad de dicho boletín es proteger la integridad patrimonial del Estado⁴⁶ y contribuir a la eficacia de las funciones que competen a la Contraloría General de la República⁴⁷ como instrumento de verificación identificando a los sujetos que han ocasionado detrimento patrimonial.

4.1.3. Características del dato. El dato que allí se incluye corresponde al resultado de un proceso fiscal en el cual, con la plenitud de las formas del debido proceso, se ha discutido la existencia o no de una responsabilidad de carácter fiscal.”

En similar sentido, mediante sentencias T-1031 de 2003 y C-077 de 2007, la Corte Constitucional, al efectuar un análisis sobre los fundamentos que soportan la conformación del boletín de responsables fiscales indica lo siguiente: *“la posibilidad de conformar bases de datos en las cuales se relacionen las personas fiscalmente responsables es indudablemente válida, más aún cuando con la misma se garantiza la protección del*

⁴⁶ En la Sentencia T-1031 del 30 de octubre de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) la Corte manifestó que la *“introducción en el mencionado boletín, por sí misma, no implica la vulneración de los derechos fundamentales de los procesados, en tanto busca razonablemente proteger la integridad patrimonial del Estado, mediante el mecanismo de la publicidad de los nombres de los sujetos que han resultado responsables por faltas de esta naturaleza”*.

⁴⁷ Según el artículo 267 de la Carta Política a la Contraloría le corresponde vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Esa vigilancia incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

patrimonio del Estado, como interés constitucionalmente relevante. Por tal motivo, el propósito de la administración de esta base de datos es doblemente legítima, pues sirve como mecanismo de presión para lograr el resarcimiento de los daños causados al Estado y permite que las entidades estatales no sostengan relaciones jurídicas contractuales o de función pública con estas personas, mientras no se reparan los daños causados.”

Consonante con lo anterior, por virtud del artículo 38 numeral 4º y párrafo, de la ley 734 de 2002, quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del fallo correspondiente. Inhabilidad que cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

De tal manera que todo aquel que hubiese sido declarado responsable fiscalmente, por virtud de la mentada disposición, estará inhabilitado desde el momento de la ejecutoria del fallo para:

- Ejercer cargos públicos, le impide acceder o continuar vinculado como servidor público a la estructura orgánica del Estado, sin que la norma haga distinción alguna, sobre las categorías del cargo o la forma de acceder a él.
- Contratar con el Estado, le impide celebrar cualquier tipo de contrato con cualquier entidad estatal. Esta prohibición debe ser vista en conjunto con la expresión “*cualquier tipo de contrato*”, del artículo 60 de la Ley 610 de 2000.

Las inhabilidades consagradas en la presente disposición normativa, cesarán para aquel declarado responsable fiscalmente cuando:

- Se declare por parte de la autoridad que profirió el fallo, haber recibido el pago; o,
- Sea excluido por parte de la Contraloría General de la República del boletín de responsables fiscales, bien sea porque el pago no procede por haber sido declarado el fallo nulo por la jurisdicción o que el fallo haya perdido fuerza ejecutoria conforme a las causales reguladas en la Ley. El Consejo de Estado en Sentencia del 6 de julio de 2011⁴⁸, analiza dichos supuestos.

⁴⁸ Sentencia de 6 de julio de 2011, Rad. 68001-23-31-000-2001-00706-01(0558-10). “*Para la Sala es indiscutible que las personas que aparezcan relacionadas en el Boletín de la Contraloría General de la República, como el demandante, no pueden celebrar contratos con el Estado ni tomar posesión de cargos públicos, hasta tanto no demuestren, en oportunidad, la cancelación de la totalidad de las obligaciones a su cargo o que el fallo de responsabilidad fiscal se encuentra en una de las siguientes situaciones:*

a. Anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo;

b. Pérdida de fuerza ejecutoria;

c. Prescripción de la acción de cobro;

d. Terminación del proceso de cobro coactivo; y

e. Revocatoria directa.”

Si bien la inhabilidad tiene un término inicial de cinco años, la misma encuentra condicionada su duración en el tiempo al pago que realice el afectado, de tal manera que la inhabilidad solo cesa en el momento en que el órgano de control fiscal que impuso la sanción declare haber recibido el pago.

Sin embargo, el inciso segundo del párrafo 1° del Artículo 38 de la norma establece que *“Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*, lo que indica que la inhabilidad puede extenderse en el tiempo, de conformidad con la cuantía de la sanción prevista en el fallo o por la renuencia en el pago por parte del responsable fiscal.

La Corte Constitucional en sentencia C-077 de 2007, se pronunció sobre la exequibilidad del inciso primero del mismo párrafo, en el siguiente sentido:

“Es precisamente esa la finalidad establecida en la parte demandada de la norma correspondiente del Código Disciplinario Único, es decir que quien aparezca en el boletín vigente es inhábil para desempeñar cargos públicos y por eso, para efectos de la posesión, las entidades públicas están solicitando un "paz y salvo" fiscal, lo cual da a entender que no se está incluido en el mencionado boletín, pues ello constituye una inhabilidad. En consecuencia, la norma demandada el régimen disciplinario sólo ha establecido una remisión necesaria al régimen fiscal: consecuencia de la inclusión en el boletín es crear una inhabilidad para obstaculizar el ingreso como servidor público. El mismo llamado lo hace el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 a los nominadores en el sentido de que quien no tenga en cuenta la inclusión en el boletín de responsabilidad incurrirá en causal de mala conducta.”

Al tomar en consideración todo lo anterior, en relación con las consecuencias que siguen a la ejecutoria del fallo, para quien sea declarado responsable fiscal, se hacen las consideraciones que siguen:

Las restricciones que se imponen a quienes, en el ejercicio de la función pública de gestión fiscal, han infringido un daño antijurídico al bienes, recursos e intereses del patrimonio

público, se inspiran en la necesidad de proteger un derecho constitucional colectivo, al prohibir el acceso al ejercicio de cargos públicos a quienes tienen una obligación de resarcir como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa. Razón por la cual, puede señalarse que esta protección corresponde a un fin constitucionalmente legítimo.

La protección del patrimonio público y la necesidad de garantizar que el mismo sea prontamente restablecido o indemnizado, encuentra fundamento constitucional para restringir el derecho a acceder a un cargo público, sobre la premisa de que no se trata de un derecho absoluto, ya que tiene límites en la Constitución y la ley, entre otras, en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Las restricciones contempladas en el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 y en el numeral 4º y párrafo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, derivadas de los fallos de responsabilidad fiscal, como parte del régimen de inhabilidades para ejercer el poder político, también se inspira en la garantía de asegurar la imparcialidad, la moralidad, la transparencia y la eficiencia en el ejercicio de la función pública (CP, art. 209).

Al derivarse de una obligación patrimonial, estas restricciones no tienen carácter permanente, pues la ley establece el procedimiento para hacer cesar la inhabilidad. Además, el responsable fiscalmente puede incoar el medio de control judicial pertinente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir el acto administrativo e, incluso, solicitar la medida cautelar de suspensión provisional del mismo, sin perjuicio, en situaciones excepcionales de presentar una acción de tutela, si se está ante un perjuicio irremediable.

Limitaciones de los derechos políticos como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad Fiscal.

Se procede a efectuar un análisis consecuencial del Artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, particularmente, en lo que hace referencia a sus efectos sobre determinaciones de autoridades administrativas, dentro de las cuales se encuentra la Contraloría General de la República.

En relación con la limitación de los derechos de acceso y permanencia a los cargos públicos derivados de decisiones de la Contraloría General de la República, no se conoce de manera reciente una decisión particular y concreta en firme que afecte a un sujeto activo como ciudadano para el ejercicio de estos derechos.

Sin embargo, con motivo de las discusiones que se han llevado a cabo con relación a decisiones de carácter disciplinario, se han también producido acciones de control abstracto de constitucionalidad sobre el inciso 3º del Artículo 60 de la Ley 610 del 2000 y sobre el

numeral 4° y párrafo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 a los que se acaba de hacer referencia.

En concreto, la demanda que se interpone contra estas disposiciones se fundamentó entre otros argumentos, en que las normas son contrarias a la convención porque prevén en el sentido del demandante una limitación a un derecho político como es el de acceso a cargos públicos por vía administrativa porque en su concepto las normas permiten que una autoridad administrativa como en este caso los órganos de control fiscal, que no tienen el carácter de Juez impongan una limitación de un derecho político a través de la inhabilidad consagrada en las normas demandadas. Es decir, el fundamento de la acción contra las disposiciones internas se estructura en que la inhabilidad para ejercer cargos públicos allí contenida estaría restringiendo de manera indebida los derechos políticos y desconociendo la Convención Americana, porque las decisiones de las Contralorías en un fallo con responsabilidad fiscal no tienen el carácter de condena por parte de un juez competente en un proceso penal, por lo cual en opinión del demandante ello equivaldría a restringir el derecho a ser elegido conforme al artículo 23.2 de la Convención.

Al conocer de la demanda la Corte Constitucional, según puede apreciarse en el comunicado 43 del 24 de octubre de 2018 respecto a la Sentencia C-101 de 2018 aun no conocida o no publicada, la Corte Constitucional declara la exequibilidad de las normas esencialmente con los siguientes argumentos:

En primer lugar reconoce claramente que a partir de los artículos 122, 123 y 150 no 23 de la CP el Congreso y por ende el legislador tiene capacidad de regular los requisitos para el acceso al desempeño de funciones públicas, función que según el comunicado de la Corte no puede ejercerse con limitaciones irrazonables y desproporcionadas sobre el derecho de ejercer el servicio estatal y para ello considera que en tal sentido dicha capacidad legislativa no puede llegar a afectar la intangibilidad del régimen de estructura y funcionamiento de los órganos constitucionales.

En segundo lugar, concluyo *“que las normas objeto de reproche constitucional no violan el régimen de inhabilidades consagrado por el Constituyente para las ramas Ejecutiva y Legislativa, puesto que los apartes demandados contienen un requisito general para el acceso al ejercicio de la función pública, aplicable a todas las personas que aspiran a ser servidores públicos en igualdad de condiciones. Las restricciones al ejercicio de la función pública que se apliquen a la totalidad de los servidores públicos no buscan alterar el diseño constitucional de los órganos del Estado.”* Es decir, la Corte Constitucional en este pronunciamiento reitera el carácter de igualdad de tratamiento igualitario sobre todo tipo de servidor público en este caso en relación con las limitaciones que se derivan de ser sujetos activos de un fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado. Lo que dicho en otras palabras significa que para la Corte Constitucional es indiferente cual sea el origen o la

tipología del cargo público sea este de elección popular o sea este de acceso por nombramiento para efectos de la aplicación de la inhabilidad derivada de la responsabilidad fiscal.

En tercer lugar, la Corte Constitucional considera frente al primer punto planteado que las disposiciones contenidas en Art 60 de la Ley 610 y 38 de la Ley 734 resultan proporcionales y razonables fundamentalmente por que persiguen objetivos constitucionalmente validos porque: *“i) persiguen objetivos constitucionalmente válidos como son la garantía del interés general, la observancia de los principios que orientan la función pública, en especial la protección del patrimonio público y la transparencia, que son instrumentos para acreditar la confianza necesaria para la gestión de los bienes colectivos y de lucha contra la corrupción, como medida de protección del patrimonio público; y ii) el medio utilizado es adecuado para tal fin y no se encuentra prohibido por la Constitución o por el bloque de constitucionalidad, puesto que la responsabilidad fiscal derivada del proceso que adelantan las contralorías procede si está acreditado el elemento subjetivo de dolo o culpa grave en la afectación del patrimonio público. Por tal razón, las normas acusadas consagran una inhabilidad y un requisito para el acceso a los cargos públicos, con ocasión de la declaratoria de responsabilidad fiscal, que se caracteriza porque depende de la voluntad de quien resulta condenado, en el sentido de que la limitación cesa en el momento en que aquel pague la sanción impuesta por el detrimento al erario verificado por esa entidad”*

Nótese que en relación con el primer punto al encontrar justificadas las disposiciones constitucionales que ahora declara exequibles, invoca como fundamento de decisión los objetivos que la misma persigue como son el interés general, los principios de la función administrativa y la protección del patrimonio público, sin necesidad de focalizar su análisis o conclusión solamente en la lucha contra la corrupción. Es decir aquí hay un elemento novedoso frente a las posturas emitidas por la Corte Constitucional sobre las decisiones disciplinarias y es que las disposiciones que generan inhabilidad como consecuencia de fallos con responsabilidad fiscal están erigidas para proteger además de la lucha contra la corrupción el interés general, el ejercicio de la función administrativa y la gestión de los bienes públicos, es decir, aquí el elemento derivado de la gestión fiscal se convierte en medular al parecer como fundamento de la decisión de la Corte, lo cual va en consonancia a lo que comentábamos en párrafos atrás sobre la existencia de otros valores constitucionales igualmente importantes al de acceso a las funciones públicas como son la defensa de los derechos colectivos.

De otro lado y muy importante la Corte considera que las normas bajo examen contemplan disposiciones que no están ni prohibidas por la Constitución ni por el Bloque de Constitucionalidad sobre la base de que la responsabilidad fiscal se trata de una responsabilidad subjetiva, es decir, que ella solamente se configura además de los otros elementos si concurre el dolo o la culpa grave del sujeto activo con relación a la afectación

del patrimonio público. Nótese que también la decisión de la Corte trae un elemento adicional de cara a la aplicación de la inhabilidad y es que según la Corte la responsabilidad fiscal al ser de carácter subjetivo se caracteriza porque su producción depende de la voluntad del sujeto activo.

Finalmente, la Corte concluye que las normas objeto de examen no contravienen el artículo 23 de la Declaración Interamericana De Derechos Humanos En el marco del bloque de constitucionalidad porque *“la concreción de dicho contenido normativo debe realizarse con base en un ejercicio hermenéutico que considere el margen de apreciación de los Estados parte y que además, consulte el carácter dinámico, cambiante y evolutivo de las regulaciones nacionales, mediante las cuales efectivizan y concretizan el acceso a los cargos públicos. En otras palabras, el bloque de constitucionalidad exige que tanto la Constitución como la Convención Americana sean interpretadas en clave de las lógicas evolutivas de los contextos constitucionales locales, del margen de apreciación nacional y de las necesidades cambiantes de las sociedades, por lo que un entendimiento literal no es suficiente para determinar su alcance.”*

Reitera en este sentido la Corte la necesaria armonización entre las disposiciones internacionales con la constitución interna y descarta el simple cotejo literal de las normas como fuente de inconstitucionalidad y por último la Corte destaca un aspecto que también resulta modular a la hora de verificar la aplicación de las disposiciones internacionales y es que decisiones administrativas como la de emitir un fallo con responsabilidad fiscal es una decisión que no constituye el cierre del pronunciamiento de una autoridad del Estado, sino que al ser de naturaleza administrativa es susceptible del control jurisdiccional por parte de la jurisdicción Contencioso Administrativa y por ende por sí misma no constituye el cierre del pronunciamiento del Estado sobre el particular.

En este sentido resulta de especial importancia destacar que hay elementos claramente diferenciales entre la responsabilidad disciplinara que es eminentemente punitiva y la responsabilidad fiscal que como quedo dicho en párrafos anteriores es de naturaleza meramente resarcitoria porque configura una modalidad de deuda patrimonial del sujeto activo para con el Estado, como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en el ámbito de una situación calificada como lo es la gestión fiscal. No se trata por consiguiente de una condena penal, no se trata por consiguiente de una condena definitiva, porque siempre será susceptible del pronunciamiento judicial en última instancia y son elementos nuevos que fortalecen la legitimidad de las decisiones administrativas de esta índole en el marco del artículo 23 de la CIDH.

5. DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE EL DERECHO DE ACCESO Y PERMANENCIA A CARGOS PÚBLICOS

Sentencia de 30 de junio de 2009, mediante la cual la Corte IDH resuelve el Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela.⁴⁹ El caso hace referencia a la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado de Venezuela generada por la destitución ilegal de la jueza María Cristina Reverón Trujillo y la falta en el ordenamiento jurídico venezolano de un recurso judicial capaz de subsanar de manera efectiva, la violación a sus derechos⁵⁰.

Los antecedentes del caso se circunscriben al año 1982, fecha en la cual la señora Reverón ingresó al Poder Judicial venezolano. En 1999, fue nombrada por el Consejo de la Judicatura Jueza “*de carácter provisional*” de Primera Instancia en lo Penal, hasta tanto se celebrará el concurso para proveer de manera definitiva el cargo. La Comisión de Funcionamiento y Restructuración del Sistema Judicial la destituyó 6 de febrero de 2002, por supuestamente haber cometido faltas disciplinarias en el ejercicio de su cargo y pese a la declaratoria de nulidad por parte del Tribunal Supremo de Justicia de la destitución, no fue ordenada su reincorporación al cargo.

La Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 23.1, literal c, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, por cuanto, al evidenciar un trato inequitativo entre los jueces nombrados en “titularidad” y los que estaban en el cargo con carácter de “provisorios”, contrariando el criterio de razonabilidad respecto de los derechos de permanencia de los servidores públicos. Así mismo, en atención al derecho de acceso a la función pública, de conformidad con lo estatuido en la Convención, dichos nombramientos deben efectuarse bajo condiciones de igualdad y no discriminación, principios aplicables respecto del derecho de permanencia, por lo tanto, la falta de restablecimiento en el cargo a

⁴⁹ Caso Reverón Trujillo Vs Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf

⁵⁰ La Corte frente a la destitución de funcionarios públicos estableció lo siguiente:

“64. Los jueces que forman parte de la carrera judicial cuentan, en primer lugar, con la estabilidad que brinda el ser funcionario de carrera. El principio general en materia laboral para los trabajadores públicos de carrera es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido. Lo anterior se debe a que los funcionarios públicos han ingresado por medio de concursos o algún otro método legal que determine los méritos y calidades de los aspirantes y forman parte de una carrera permanente”.

72. (...) [L]a Corte destaca que todo proceso de nombramiento debe tener como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades del aspirante, sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso al Poder Judicial. En consecuencia, se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar.

73. Los procedimientos de nombramiento tampoco pueden involucrar privilegios o ventajas irrazonables. La igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia, de tal forma que todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley deben poder participar en los procesos de selección sin ser objeto de tratos desiguales arbitrarios. Todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran. En suma, se debe otorgar oportunidad abierta e igualitaria a través del señalamiento ampliamente público, claro y transparente de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo. Por tanto, no son admisibles las restricciones que impidan o dificulten a quien no hace parte de la administración o de alguna entidad, es decir, a la persona particular que no ha accedido al servicio, llegar a él con base en sus méritos.

la señora Reverón, hasta tanto se surtiera el concurso de méritos para el cargo, generó una decisión arbitraria y violatoria de los derechos convencionales de ésta⁵¹.

Sentencia de 1º de septiembre de 2011, mediante la cual la Corte IDH resuelve el Caso López Mendoza vs. Venezuela.⁵² Se declaró la responsabilidad internacional del Estado de Venezuela, con ocasión de la declaratoria de inhabilitación por vía administrativa al señor López Mendoza para el ejercicio funciones públicas unido a la prohibición para su participación en las elecciones regionales del año 2008.⁵³

La demanda tuvo lugar con ocasión de las sanciones administrativas impuestas por la Contraloría General de la República de Venezuela al señor López Mendoza; La primera de ellas relacionada con el presunto conflicto de intereses en que pudo incurrir el señor López Mendoza, cuando trabajaba en la empresa Petróleos de Venezuela S.A. y; La segunda, de ellas derivada del presunto uso indebido del presupuesto, en su condición de Alcalde del municipio de Chacao. Sanciones que impidieron al señor López Mendoza presentar su candidatura a la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas.

En el presente caso, la Corte IDH ordenó dejar sin efecto las resoluciones mediante las cuales la Contraloría General, sancionó a López Mendoza con inhabilitación para ejercer cargos públicos y declaró responsable al Estado por la violación del artículo 23.1, literal b y 23.3⁵⁴, lo anterior, al considerar que las decisiones sancionatorias, fundamentadas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal, contrariaba lo dispuesto en la Convención Interamericana al restringir los derechos políticos del ciudadano por impedir que presentara su candidatura a los comicios locales.

⁵¹ II. Derechos políticos en relación con la obligación de respetar derechos.

139. La Corte ha establecido que el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Por lo tanto, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

⁵² Caso López Mendoza Vs Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

⁵³ 100. El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular.

La Corte determinó la responsabilidad internacional de Venezuela por la afectación al derecho establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según el cual: “[l]a 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”.

⁵⁴ La Corte al efectuar la aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención, consideró que las sanciones 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. 105. Y reiteró que: “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no solo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos (...)”

Resulta importante en este punto, resaltar el voto concurrente razonado del Juez Diego García-Sayán⁵⁵ en la sentencia en mención, toda vez, que su análisis respecto de la interpretación de las expresiones “Exclusivamente” y “condena, por juez en proceso penal” resultan de gran importancia para el presente artículo.

El Juez García-Sayán permite dilucidar, a partir de sus precisiones, que el hecho de que las decisiones que impongan restricciones a los derechos políticos no tienen que ser las que taxativamente se encuentran enunciadas en el numeral 2 del artículo 23 de la Convención, por cuanto la interpretación de dicha disposición debe hacerse en conjunto con otros

⁵⁵ *Teniendo en cuenta que la Corte enfrentó una problemática relacionada con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración, el Juez García-Sayán, expone su voto razonado, aludiendo que la interpretación del artículo 23.2, no debe restringirse a lo literal, sino que la misma debe ser sistemática y evolutiva, sin que con ello se concluya que el derecho del señor López Mendoza a ser elegido no fue violado.*

Lo anterior, por cuanto consideró que sobre las expresiones “exclusivamente” y “condena, por juez competente, en proceso penal” contenidas en el artículo 23.2 de la Convención, debía hacerse un análisis adicional y poder determinar si excluían la posibilidad de que se impongan limitaciones para ejercer cargos públicos por vías judiciales distintas a la penal o por vías administrativas, disciplinarias o a través de otros mecanismos.

La Corte en sentencia del 6 de agosto de 2008, en la cual resolvió el Caso Castañeda Utman Vs México, efectuó un análisis sobre el término “exclusivamente” y determinó que debía ser interpretado de manera sistemática con el artículo 23.1 y con el resto de los preceptos de la Convención y los principios básicos que la inspiran, concluyendo que las causales consagradas en dicho artículo no son taxativas sino que pueden ser reguladas teniendo en cuenta variantes tales como las necesidades históricas, políticas, sociales y culturales de la sociedad:

166. El sistema interamericano [no] impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan 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, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.

De igual forma, advirtió que no se ha estipulado en el sistema universal ni en los demás sistemas regionales una norma que establezca que los Estados solo pueden restringir el sufragio pasivo por medio de “condena, por juez competente, en proceso penal”. Y en relación a ello, precisó lo siguiente: “10. En el ámbito universal el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos semejante al artículo 23.2 de la Convención. Si establece que los mismos no pueden ser limitados por “restricciones indebidas”. El Convenio Europeo, en su artículo 3 del Protocolo 1, se limita a consagrar la obligación de garantizar “elecciones libres”. En algunos casos el Tribunal Europeo sí ha establecido que los Estados parte pueden establecer requisitos para la presentación de un candidato a elecciones, y que en este ámbito se pueden imponer requisitos más estrictos que en las condiciones para poder votar. Por último, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no hay norma parecida al artículo 23.2 de la Convención Americana”.

Así mismo, expuso que tanto en la Corte Interamericana como en el Tribunal Europeo se ha establecido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Lo anterior para significar que en la región existen diversos sistemas sobre imposición de inhabilidades a funcionarios públicos que se traducen en restricción al sufragio pasivo: i) Juicio político; ii) Proceso penal, y iii) sistema administrativo, disciplinario o encomendado a la autoridad judicial electoral, concluyendo que el uso de un sistema no es excluyente de otro sistema.

Ahora bien, con respecto a la finalidad arguyó que lo que se pretende con la disposición es que las causales que restrinjan los derechos políticos no queden al arbitrio o voluntad del gobernante de turno y de esta manera proteger la oposición política, entendiéndose que el juicio debe ser lo más estricto posible, sea cual sea la vida utilizada para efectuar una restricción.

De acuerdo con lo anterior, concluye que “el término “exclusivamente” contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo, que el concepto “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ese sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar. Lo que es claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles”.

“17. A la luz de una interpretación evolutiva y sistemática del artículo 23.2 y en atención al carácter vivo de la Convención, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones contemporáneas de la evolución institucional, lo crucial es que sea una autoridad de naturaleza judicial, vale decir en sentido amplio, y no restringida a un juez penal. En este caso la sanción no la impuso una autoridad judicial.”

instrumentos jurídicos internacionales que pretenden dar un alcance de importancia transnacional a las situaciones que se presentan y que hoy en día tienen gran importancia en la agenda mundial como es el caso de la lucha contra la corrupción. De igual forma, advierte el togado que debe hacerse un análisis evolutivo, esto al estudiar el fin de la medida restrictiva y no solo el hecho de que la consignación se convierta en una camisa de fuerza, sin tener en cuenta que en la actualidad la defensa de la democracia no solo radica en la participación, sino que ésta se dé de manera igualitaria y buscando que quienes ostenten sin límites sus derechos políticos lo hagan de manera legítima.

Finalmente, luego de hacer un análisis de los presupuestos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad que deben observar las medidas que limitan los derechos políticos de las personas, que lo que se requiere es que dichas decisiones no se den en el marco de actuaciones arbitrarias por parte del Estado. El fundamento de que sea una sentencia dictada por un juez penal, lo que pretende es que se brinden todas las garantías del debido proceso, el juicio se haga respetando las etapas procesales preceptuadas, donde prevalezcan los derechos de contradicción y de defensa y que se cuenten con medio efectivos para controvertir dichas decisiones, lo cual concluye afirmando que se debe entender entonces, cualquier autoridad judicial que profiera sentencia definitiva y no leerse en la literalidad de la exigencia del juez penal.

Sentencia de 23 de junio de 2005, mediante la cual la Corte IDH resuelve el Caso Yatama vs. Nicaragua.⁵⁶ Se declara la responsabilidad internacional del Estado por la exclusión de la organización indígena YATAMA de las elecciones municipales de 2000, vulnerando los derechos políticos de la comunidad a ser elegidos, toda vez que, mediante la adopción de la Ley Electoral N° 331 de 2000, en Nicaragua se introdujo la figura de “asociaciones de suscripción popular” que restringía la participación en las elecciones a organizaciones que no fueran inscritas a través de partidos políticos.

Lo anterior, se tradujo en que los miembros de la organización indígena YATAMA al no ser reconocidos como partido político regional, no lograron participar en las elecciones que se llevaron a cabo el 5 de noviembre de 2000.

La Corte IDH en esa oportunidad consideró que el Estado había violado los derechos políticos⁵⁷ y el derecho a la igualdad ante la ley consagrados en los artículos 23 y 24 de la

⁵⁶ Caso YATAMA Vs Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

⁵⁷ 194. El artículo 23 de la Convención consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad. 195. Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. (...)

Convención, en perjuicio de los candidatos propuestos por YATAMA para participar en las elecciones municipales de 2000.

Con lo anteriormente descrito se evidencia un límite fuera de lo razonado y proporcionado que deben presentarse las restricciones que un Estado imponga a los derechos políticos de sus ciudadanos, porque, si bien es cierto con la posición del Juez García-Sayán, se rompe con la literalidad de la expresión “exclusivamente” del numeral 2 del artículo 23 convencional, ello como bien advirtió él, debe respetar los criterios de legalidad, finalidad y necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva, fuera de cualquier acto de discriminación.

Frente a la anterior sinopsis, nuestra posición se inclina por los lineamientos fijados por la Corte Constitucional colombiana, en aplicación del bloque de constitucionalidad y de la debida armonización del artículo 23 CIDH con la Constitución de 1991 y el ordenamiento jurídico aplicables a los derechos y deberes funcionales de los servidores públicos. Criterios que dejamos expuestos anteriormente y sobre los cuales volveremos al recapitular.

196. *La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.*

198. (...) *El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.*

199. *La participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.*

200. *El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas.* (...)

6. POSTURA SOBRE EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Visto todo lo anterior consideramos pertinente con base en ello hacer nuestro pronunciamiento sobre el problema jurídico inicialmente planteado y fijar posición sobre los alcances y limitaciones que para las autoridades administrativas colombianas pueden derivarse de lo estatuido en el artículo 23 de la CIDH en relación con el acceso y permanencia en los cargos públicos de los ciudadanos que pretendan ejercer estos derechos.

6.1 Relaciones de Sujeción Especial

Por otra parte, la Constitución colombiana establece que la regla general de acceso y permanencia a la función pública es el mérito⁵⁸, y como se vio con anterioridad, los derechos políticos, si bien están consagrados en la Carta Política, no son absolutos. La Constitución es por excelencia fuente de derechos, sin embargo, también es explícita en la formulación de deberes y en facultar a la Ley para reglamentar los derechos y situaciones del servicio, concernidas en el ejercicio de la función pública, como restricción de tales disposiciones. Así, de la misma forma, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explicó que los derechos políticos a la luz de la Convención no eran absolutos, y podían ser restringidos con el lleno de unos requisitos desarrollados jurisprudencialmente, el ordenamiento jurídico colombiano, también ha dispuesto ciertos límites para el desarrollo de estos.

A la función pública se accede y en ella se permanece, mientras el ciudadano titular cumpla con los requisitos para el cargo, con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, mientras atienda los principios y funciones a que está obligado por razón de su cargo o función y cumpla con sus deberes funcionales. Esto es así, porque el servidor público se encuentra sometido a una relación especial de sujeción con el Estado, de ahí que le deba total acatamiento de lo preceptuado en la Constitución, las leyes y los reglamentos internos de la Entidad, para lograr el cabal cumplimiento de sus fines.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha insistido⁵⁹ en el logro de los objetivos constitucionales y legales de la función pública, en razón a que *“todos los servidores públicos deben propender por el logro del objetivo principal para el cual fueron nombrados, esto es, servir al Estado y a la comunidad en general con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento (C.P. arts. 6° y 122). De donde resulta que cualquier funcionario del Estado, puede verse sometido a un proceso de responsabilidad pública de índole disciplinaria, no sólo cuando en su desempeño vulnera el ordenamiento superior y*

⁵⁸ Constitución Política de Colombia, Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 2010, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-431-10.htm>

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-30 de 2012. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm>

legal vigente, sino también cuando incurre en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P. art. 6° y 123)

Así mismo, advierte que, “existe pleno sustento constitucional para el mandato según el cual los funcionarios públicos deben actuar a partir de máximas y exigencias básicas de respeto y rectitud respecto de las personas con las que tienen trato personal en razón de su cargo o función pública que desarrollan, y en todo caso, deben actuar con sujeción al principio de imparcialidad en todas las actuaciones que le hayan sido encomendadas, con el fin de asegurar que sus actuaciones no vulneren los derechos fundamentales, ni el principio de igualdad de los ciudadanos y administrados. Finalmente, la Sala constata total respaldo constitucional en los mandatos superiores mencionados, para la prohibición relativa a que los funcionarios y servidores públicos se abstengan de cualquier acto u omisión que impida el normal desarrollo de servicios esenciales o constituya abuso indebido de su cargo o función”.

Con lo anterior, se demuestra que el estatuto de todo servidor público, cualquiera que sea el origen de su acceso al cargo que ejerce, es de naturaleza funcional porque está diseñado para servir al Estado y a la comunidad en vinculación positiva y más afianzada a lo dispuesto en la Constitución, en la ley y el reglamento, de manera que los deberes y obligaciones consagrados en la Constitución y la ley, se armonizan perfectamente con las finalidades constitucionales de la administración pública y del régimen disciplinario, y se avienen plenamente con los objetivos que llevaron a la creación del instrumento jurídico que salvaguarda como derechos humanos fundamentales, los derechos políticos, no solamente restringiéndolos al derecho de elegir y ser elegido, sino al de acceder y permanecer en la administración pública, lo anterior, toda vez que su comportamiento esté en concordancia con los fines que esta persigue.

Ahora bien, es preciso aclarar que el acceso y la permanencia, en condiciones de igualdad y legalidad, forman parte del núcleo esencial de la naturaleza, finalidades y características propias de la función administrativa en cabeza del Estado. La función pública se debe desarrollar con sujeción a la Constitución y a la ley, y con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como principios que definen el marco obligatorio de acción del servidor y configuran los patrones objetivos de su deber. Por lo anterior, las restricciones propuestas en la Constitución a ese derecho, son desarrollo de esa naturaleza servicial y de sujeción especial del ejercicio de cargos públicos a la Constitución y a la ley, constituyen un desarrollo de este principio, así como de los artículos constitucionales que disponen que los servidores públicos están al servicio de los intereses generales, del Estado y de la comunidad, y debe ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento, estando por tanto determinados por la ley su responsabilidad disciplinaria y la manera de hacerla efectiva.

Como se vio y analizó en anterioridad, las normas constitucionales contenidas en los artículos 6º, 122, 123, 124, 125, 126, 268, 277 y 209, son pues el soporte constitucional de la responsabilidad disciplinaria. Especial relevancia cobran para el presente estudio, los preceptos constitucionales contenidos en el artículo 6º constitucional, que impone la sujeción de todos los servidores públicos a la Constitución y a la ley, que dispone que todos los servidores públicos son responsables por infringirlas, así como por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Al tener esa relación especial de sujeción, los servidores públicos están sujetos a un estatuto distinto al de los administrados, se espera mucho más de ellos por ostentar tal dignidad, por eso su actuación está supeditada a lo que tiene permitido y no simplemente a lo que se les está prohibido.

Es que no podemos olvidar que con fundamento en lo previsto en el artículo 4º Constitucional, que los servidores públicos, se hayan vinculados positivamente a Derecho y que en tal virtud, se encuentra sometidos a un estatuto jurídico con responsabilidad más afianzada respecto de los particulares, que están regidos por una relación de sujeción general, es decir, vinculados negativamente a Derecho.⁶⁰

Del desarrollo que se ha efectuado de las disposiciones que limitan el ejercicio de los derechos políticos a los servidores públicos, se puede establecer, que el artículo 40 y demás de la Constitución están sincronizados con el artículo 23 de la Convención Americana de derechos Humanos, toda vez que lo que se busca es el fin de la administración y la consecución del interés general, claro está, salvaguardando el ejercicio democrático en los Estados, sin embargo, cómo se defendería un Estado democrático si sus funcionarios irrespetan sus instituciones y sus reglamentos, y no cumplen con los principios constitucionales impuestos.

En este sentido, debe reafirmarse que los servidores públicos, de elección popular o nominados, no sólo tienen derechos de acceder y permanecer, sino que deben cumplir una serie de deberes, sin los cuales no pueden disfrutar de dichos derechos. Se trata de deberes funcionales, en la medida en que están vinculados con su labor de ejercer las funciones del cargo, conforme a las competencias y misiones conferidas por la ley. Precisamente la imposición de las responsabilidades disciplinarias y fiscales se fundan en la necesidad de reprochar el desconocimiento de los deberes a cargo de los servidores, pero sólo los deberes que gravitan en el ejercicio de sus funciones.

⁶⁰ Sobre este punto ver: Gómez Pavajeau y Molano López, La relación de sujeción especial. Estudios. Ed. Universidad Externado.

6.2 Carácter no absoluto de los Derechos Políticos

La Convención Americana contempló las situaciones taxativas en que un Estado puede restringir los derechos políticos de sus ciudadanos. De igual forma la Corte Interamericana, máximo intérprete de la Convención, en su jurisprudencia a establecido reglas y situaciones en las cuales aplicarían tales excepciones.

Veamos:

Sobre la interpretación del artículo 23 del Pacto de San José, la Corte estableció en el Caso Castañeda Gutman Vs México, lo siguiente:

“La restricción de los derechos políticos en el caso concreto

174. Salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos. Como lo ha establecido anteriormente el Tribunal, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a in fine de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella.

175. La Corte ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención y procederá a analizar, a la luz de los mismos, el requisito legal bajo examen en el presente caso”.

La Corte Interamericana, estableció las condiciones y requisitos que debían cumplir los Estados partes, al momento de regular o restringir los derechos políticos de sus ciudadanos, de la siguiente manera:

1) Legalidad de la medida restrictiva

176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.

2) Finalidad de la medida restrictiva

180. El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, 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 (...)181. A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos, pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente.

3) Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva

185. En el sistema interamericano existe un tercer requisito que debe cumplirse para considerar la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana. La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser necesaria para una sociedad democrática. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya había establecido las condiciones que todo Estado parte, debe cumplir para la restricción de derechos políticos, cumpliendo los requisitos de legalidad, finalidad y necesidad y proporcionalidad de la medida, en el desarrollo de la sentencia del 23 de junio de 2005, mediante la cual, se definió el Caso Yatama Vs Nicaragua.

En la referida providencia, la Corte señaló lo siguiente:

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

Para la Corte Interamericana, los derechos políticos son derechos humanos, pero no absolutos, considera que pueden ser restringidos por las condiciones señaladas en el inciso 2, del artículo 23 de la Convención, restricciones que en cada Estado Parte deben cumplir

con 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.

6.3 Concepción a la luz de la Constitución Colombiana.

El derecho de acceso, por nominación o elección, al ejercicio de las funciones públicas del Estado, consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política de Colombia, no es un derecho absoluto cuya protección conlleve a desconocer la moralidad pública ni el debido manejo de los asuntos públicos. En tal sentido, la Corte Constitucional, en sentencia C-028 de 2006, es expresa en señalar la posibilidad de limitar estos derechos, en atención a fines estatales legítimos, como la transparencia y probidad en el ejercicio del Poder. Al respecto señala: *Es menester indicar que el derecho a acceder al ejercicio de las funciones públicas, como ningún otro derecho fundamental, puede ser considerado como absoluto. Por el contrario, el legislador puede limitarlo, puesto que sobre el mismo se hacen efectivas ciertas restricciones, que 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.*”

En coherencia con lo anterior, en la sentencia C-651 de 2006, la Corte ha considerado que *“cuando los derechos al trabajo y el de acceso al ejercicio de funciones públicas entran en tensión con los principios constitucionalmente válidos, como los de prevalencia del interés general, moralidad, transparencia, eficacia y eficiencia administrativa de manera razonable y proporcional, resulta necesario restringir el ejercicio de aquellos derechos en garantía de la vigencia de estos principios”*. De allí que se pueda concluir que lo previsto en el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, sobre la inclusión de los responsables en el boletín de responsabilidad fiscal, no implica una supresión o afectación del núcleo esencial de los derechos de acceso a las funciones públicas, consagrada en el artículo 40-7 de la Constitución.

De vieja data, la Corte Constitucional en sentencia C-500 de 2014, entiende que la consagración de inhabilidades para acceder a los cargos y funciones públicas, constituye un propósito moralizador y por tanto considera que el legislador puede configurar inhabilidades y así limitar el derecho de acceder a cargos públicos, sobre todo en el marco de la lucha contra la corrupción: *“persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a*

los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad.” (...) El régimen de inhabilidades tiene, en consecuencia, un propósito público moralizador”.

6.4 Igualdad de trato frente a decisiones disciplinarias y fiscales.

La Corte Constitucional ha explicado en su jurisprudencia, el principio y derecho constitucional a la igualdad, contenido en el artículo 13 constitucional, *“como uno de los pilares fundamentales en los que se funda el Estado Social de Derecho. La definición y concreción de sus elementos definitorios, su estructura, contenido y alcance han sido producto del prolífico y decantado desarrollo que la jurisprudencia constitucional ha adelantado, tanto en materia de tutela como de control abstracto de constitucionalidad”*⁶¹.

Dentro del desarrollo desplegado por el tribunal constitucional se ha establecido, frente a la igualdad lo siguiente:

“4.2 Desde sus inicios, esta Corporación ha entendido que el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Política presenta una estructura compleja que comprende diversas facetas. La primera de ellas (inciso 1º, art. 13 C.N.) se manifiesta a través de la denominada “igualdad formal” según la cual todos los ciudadanos merecen el mismo tratamiento ante la ley y por tanto prohíbe cualquier tipo de discriminación o exclusión arbitraria en las decisiones públicas. Esta definición es un rasgo definitorio de nuestro Estado de Derecho, en el que el carácter general y abstracto de la ley y la prohibición de dar un trato diferente a dos personas por razones de sexo, ideología, color de piel, origen nacional o familiar u otros similares, expresan las notas centrales de esta dimensión.

*4.3. Una segunda faceta, que reconoce las condiciones diferenciales de existencia entre distintos grupos sociales, se manifiesta a través de la denominada “igualdad material”. Como lo prescriben los incisos segundo y tercero del artículo 13 superior, el Estado colombiano debe adoptar medidas promocionales y dar un trato especial –de carácter favorable–, a las personas y grupos vulnerables o a los sujetos en condición de debilidad manifiesta. Esta visión social del Estado, refleja una organización política comprometida con la satisfacción de ciertas condiciones y derechos materiales, que reconoce las desigualdades que se presentan en la realidad, y frente a las cuales es necesario adoptar medidas especiales para su superación con el fin de garantizar un punto de partida equitativo entre los ciudadanos”*⁶².

En ese orden de cosas, resulta importante establecer que ni el artículo 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos ni la Constitución Política de Colombia, distinguen u otorgan algún trato diferencial entre funcionarios públicos elegidos mediante voto popular, o aquellos que fueron vinculados a la función pública a través de un concurso de méritos, libre nombramiento y remoción, contrato de trabajo o planta temporal.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-220 de 2017. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-220-17.htm>

⁶² *Ibíd.*

¿Por qué habría entonces que darse un tratamiento diferente a los funcionarios públicos dependiendo de la forma en que accedieron a la administración pública?, ¿Por qué habría de tener un trato especial y diferenciado, respecto del funcionario público que llegó a ocupar un cargo con un determinado número de votos frente al que fue elegido mediante nombramiento, designado por haber alcanzado los requisitos clasificatorios de un concurso de méritos, o el que fue contratado mediante contrato de trabajo?.

De lo decantado en precedencia con respecto a la definición de derechos políticos, se tiene que los mismos se refieren a los derechos de elegir y ser elegido y acceder al ejercicio de funciones públicas, independientemente de la forma de acceso a la misma.

De la lectura del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación efectuada por la Corte interamericana, máximo intérprete del instrumento internacional, se concluye, que la protección de los derechos políticos de las personas se centra y tiene como fin último el derecho a acceder, en condiciones de igualdad y legalidad a la función pública, así como, a permanecer en ella en condiciones de igualdad y legalidad.

Por lo anterior, la afectación de los derechos políticos de los servidores públicos, con ocasión de la imposición de medidas disciplinarias o de carácter fiscal que generen inhabilidades al a la persona para acceder o permanecer en un cargo público, se refieren a los derechos políticos de todos los ciudadanos y a todos los cargos de que tratan los artículos 123 y 125 de la Constitución colombiana, sin hacer salvedades ni otorgar tratos diferenciados entre estos basados en la forma en que accedieron a la función pública.

6.5 La necesaria armonización de la norma de la Convención con otros tratados y con el ordenamiento interno.

En la sentencia C-028 de 2006, la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de las disposiciones del Código Disciplinario que establecen inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos, como consecuencia de sanciones disciplinarias, aborda el examen de constitucionalidad de las expresiones acusadas frente al artículo 93 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, análisis del cual se deben destacar los siguientes puntos:

La aplicación del artículo 23 de la Convención Americana, no se aplica de manera pura y simple, sino que su aplicación exige una interpretación armónica con otros instrumentos internacionales. Al respecto señala que: *“Así pues, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en lo que concierne a las restricciones legales al ejercicio de los derechos políticos, en concreto al acceso a cargos públicos por condenas penales, debe ser interpretado armónicamente con un conjunto de instrumentos internacionales de carácter universal y regional, los cuales, si bien no consagran derechos*

humanos ni tienen por fin último la defensa de la dignidad humana, sino que tan sólo pretenden articular, mediante la cooperación internacional la actividad de los Estados en pro de la consecución de unos fines legítimos como son, entre otros, la lucha contra la corrupción, permiten, a su vez, ajustar el texto del Pacto de San José de 1969 a los más recientes desafíos de la comunidad internacional.”

En coherencia con lo anterior, dice la Corte que, el artículo 23 no se opone al establecimiento de medidas encaminadas a proteger el erario y la lucha contra la corrupción. Al respecto concluye: *“En este orden de ideas, 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”.*

Finalmente, la Corte considera que, igualmente, los tratados internacionales deben ser interpretados sistemática y armónicamente con la Constitución Interna, en el contexto del bloque de constitucionalidad, que no conlleva a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad. Sobre el particular concluye:

“Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.

En el caso concreto, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como se ha explicado, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción.”

En desarrollo de los anteriores criterios jurisprudenciales, se puede concluir que la aplicación del artículo 23 de la Convención Americana, pasa, en primer término, por contextualizar su alcance con lo previsto en otros tratados internacionales ratificados por Colombia, no sólo del Sistema Interamericano sino a nivel global; y, de otra parte, por armonizar su contenido y alcance con lo establecido a la luz de la Constitución colombiana respecto de la posibilidad de imponer responsabilidades a los servidores públicos, designados o electos, como restricciones al derecho de acceso a las funciones públicas.

6.6 Armonización de la norma convencional con otros tratados y con el ordenamiento interno

Sobre la necesaria armonización con otros Tratados, es preciso tener en cuenta que, en lo que hace referencia a la lucha contra el flagelo de la corrupción, Colombia por Ley 970 de 2005 hace parte de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; y, por Ley 412 de 1997, también hacemos parte de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción. Dentro de la finalidad que prevé, en su artículo 1º la Convención de Naciones Unidas, figura la de *“Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.”*

Precisamente sobre este particular, la Corte Constitucional, considera como desarrollo de las medidas que ordena establecer este Tratado, lo contenido, en las disposiciones disciplinarias y en las disposiciones legales sobre gestión fiscal y responsabilidad fiscal, dentro de éstas las previstas en las Leyes 734 de 2002 (en la que se encuentra la inhabilidad para ejercer cargos públicos el ser responsable fiscal), la 610 de 2000 y la 1474 de 2011, en las cuales se regulan las bases y procedimientos para hacer efectivo el resarcimiento al patrimonio público, en los casos de imposición de responsabilidad fiscal.

Así en sentencia C-500 de 2014 señaló, la Corte luego de invocar la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, consideró que estas normas como desarrollo de esas medidas: *“Tienen esa orientación diferentes estatutos adoptados por el legislador. Así por ejemplo (i) la Ley 190 de 1995 adoptó normas para preservar la moralidad en la administración pública y erradicar la corrupción administrativa; (ii) las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 regularon asuntos relativos al control fiscal de la administración pública como mecanismo para promover la adecuada gestión fiscal; (iii) las Leyes 200 de 1995 y 734 de 2002 establecieron, sucesivamente, estatutos disciplinarios dirigidos a materializar los principios que rigen la función administrativa de manera que se garantice su adecuación a la moralidad y, en consecuencia, al imperio de la ley, a la eficacia y a la transparencia; finalmente (iv) en la Ley 1474 de 2011 se adoptaron normas dirigidas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Allí, evidenciando la inescindible relación entre la lucha contra la corrupción y el régimen disciplinario y fiscal aplicable a los servidores públicos, se dispuso la modificación de varias reglas procesales establecidas originalmente en la Ley 734 de 2002 y en la Ley 610 de 2000.”*

Lo anterior quiere decir, ni más ni menos, que las previsiones contenidas en estas normas desarrollan la axiología contenidas en Tratados Internacionales. Dentro de tales normas, figura la inhabilidad que *ope legis* aplica por responsabilidad fiscal, según artículos 60 de la Ley 610 de 2000 y 38 de la Ley 734 de 2002.

Por su parte la Convención Interamericana contra la Corrupción, que también forma parte del Sistema normativo del cual forma parte el artículo 23 de la Convención Interamericana de Derechos, contempla de sus definiciones (artículo 1) y para sus alcances, que *“Funcionario público”, ‘Oficial gubernamental’ o ‘Servidor público’, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.”* Es decir, para los efectos de las medidas que adopten los Estados Partes, del Sistema Interamericano, no se establece tratamiento diferente entre funcionarios designados y funcionarios electos. Norma muy similar, contempla el Tratado de Naciones Unidas.

Armonización del artículo 23 de la Convención, con la Constitución colombiana.

Ahora bien, en relación con la necesaria armonización entre la norma de un tratado y el contenido de la Constitución, según los criterios jurisprudenciales antes señalados, debe tenerse en cuenta que frente a los alcances del artículo 23 del Pacto de San José, respecto de la Constitución Colombiana, la Corte Constitucional en desarrollo y reiteración del criterio establecido en la ya referida sentencia C-028 de 2006, fija su posición en relación con la posibilidad de establecer otro tipo de restricciones a los derechos políticos, distintas a las enunciadas en la norma del Tratado, siempre y cuando encuentren sustento en la Constitución.

En efecto, en la sentencia SU-712 de 2013, la Corte al confrontar el citado artículo 23, con la potestad disciplinaria del Procurador General sobre los Congresistas, incorpora una regla que armoniza la norma del Tratado con lo previsto en la Constitución Colombiana, en relación con la posibilidad de imponer y hacer exigibles responsabilidades a todo servidor público, inclusive, los de elección popular y establecer restricciones de acceso.

Dice la Corte en esta oportunidad:

“El precepto reconoce algunos derechos políticos, entre ellos el derecho al sufragio pasivo, es decir, a ser elegido. El numeral 2° establece que la ley podrá reglamentar su ejercicio, entre otras razones, cuando exista condena por un juez competente en el marco de un proceso penal.

Sin embargo, de dicha disposición no se infiere una prohibición a los Estados para que en sus ordenamientos internos consagren otro tipo de restricciones a los derechos políticos, menos aun cuando emanan directamente de sus propias constituciones. En otras palabras, lo que hace el artículo 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.

(....)

Para dar respuesta a esa problemática la Corte advirtió que los tratados deben ser interpretados de manera coherente y sistemática, no sólo con otros instrumentos internacionales sino con la propia Constitución.

(...)

Luego de una interpretación sistemática con los preceptos de la Carta Política, esta Corporación concluyó que las sanciones disciplinarias que implican la suspensión del derecho de acceso a cargos públicos –v. gr. de congresista- no se oponen a la Constitución ni a la Convención Americana de Derechos Humanos; en consecuencia, declaró la exequibilidad de las normas acusadas:

(...)

En síntesis, a partir de una interpretación armónica de las normas constitucionales con los instrumentos que se integran a ella en virtud del bloque de constitucionalidad, la Corte concluyó que las competencias disciplinarias y sancionatorias del Procurador General de la Nación no desconocen el artículo 93 de la Constitución, ni el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

En aplicación de este criterio jurisprudencial de armonización, es preciso recordar los contenidos y alcances de los artículos 6º, 121, 123, 124, 209 normas constitucionales invocadas por la Corte Constitucional, como referente de armonización con el artículo 23 de la Convención Americana, los cuales junto con lo previsto en el artículo 268 de la Constitución, para el caso que ahora nos ocupa, necesariamente permite llegar a conclusiones similares en relación con la imposición de responsabilidad fiscal y con las consecuencias que tal situación genera en el sujeto activo declarado responsable. En efecto, la Constitución contempla en su artículo 268 numeral 5º como atribución del Contralor General, la de *“Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.”* En consonancia con ello, en su artículo 124 Constitucional, contempla que *“La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”*.

Si nos atenemos a las reglas jurisprudenciales que han sido reiteradas, en relación con la necesaria armonización de los tratados con las normas Constitucionales internas, ha de concluirse que las consecuencias de inhabilidad que surgen, conforme a la Ley 734 de 2002 y 610 de 2000, para quienes han sido declarados responsables fiscales y no han resarcido el patrimonio público afectado; para quienes son afectados con la destitución disciplinaria, encuentran sustento en la Constitución y no se oponen a lo previsto en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos. Porque, según lo señalado por la Corte, esta norma de la Convención no prohíbe otro tipo de restricciones a los derechos políticos, conforme a los ordenamientos internos de los Estados Parte.

Es por virtud de esta armonización, es que, por ejemplo, en relación con el pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre el caso López Mendoza en Venezuela debe enfatizarse en que la doctrina ya expuesta no es aplicable a las decisiones disciplinarias o de responsabilidad fiscal cuando quiera que estas se dicten en el marco de competencias de la Procuraduría o de la Contraloría respectivamente, sencillamente porque el fallo que allí se produjo se hizo por violación al debido proceso en el sentido de que la Contraloría Venezolana no tenía

competencia para tomar la decisión que afecto al señor López Mendoza. En el caso colombiano la Contraloría tiene competencia para expedir fallos con control fiscal y la Procuraduría tiene competencia para expedir fallos con responsabilidad disciplinaria y en ambos casos con los efectos que establezca la ley en relación con tales acciones.

En este sentido, la capacidad del legislador, a la luz de las normas constitucionales que lo autorizan para consagrar causales de inhabilidad y sin distinguir para todo servidor público, no constituye una afectación del núcleo de los derechos de acceso a los cargos públicos, por tratarse de restricciones establecidas en garantía de los principios constitucionales de prevalencia del interés general, moralidad, transparencia, eficacia y eficiencia administrativa.

Una interpretación contraria a lo aquí plasmado vulneraría el artículo 13 de la Constitución Política en cuanto impondría, sin razón alguna, un trato diferenciado, injustificado que dependería de la “clase” de servidor público de que se trate. Permitiendo, además, que personas que se han declarado responsables, a la luz de la Constitución y de la ley, accedan a los cargos de mayor importancia en el Estado Colombiano.

Ahora bien, en el caso de la inhabilidad para ejercer cargos públicos y para contratar con el Estado, derivada de la imposición de responsabilidad fiscal, debe enfatizarse en que, a diferencia de lo que ocurre con los fallos disciplinarios, en los que la inhabilidad es cuantificada por la decisión, en cambio, en el caso de la imposición de responsabilidad fiscal, se trata de una inhabilidad que se establece y opera por ministerio de la Ley y de manera automática, cuando quiera que el responsable fiscal no se allana a reparar el daño patrimonial que se le ha acreditado. Cuando la Contraloría emite un fallo con responsabilidad fiscal, no se ocupa en sus determinaciones de pronunciarse sobre la inhabilidad. Está surge *ope legis*, dependiendo de la decisión de pago o no pago por parte del sujeto activo.

La situación sería muy distinta, si en la Constitución existiera una expresa regulación sobre la imposición de responsabilidades fiscales a funcionarios de elección popular que los librara expresamente de las consecuencias previstas en la Ley. Tal previsión, no está prevista en la Constitución Colombiana, como si lo está en otras latitudes tal y como la misma sentencia SU-712 de 2013, lo hace ver.

6.6 La capacidad de las decisiones disciplinarias y fiscales, como consecuencia de la armonización.

Uno de los aspectos que ha gravitado en relación con la vigencia interna y en general con la aplicación del artículo 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, hace referencia a la naturaleza judicial de las decisiones que puedan afectar la situación de las personas en el ejercicio de sus derechos políticos, en este caso que nos ocupa, de acceder y

permanecer en el ejercicio de los mismos. La tesis extrema conforme a la cual solamente una sentencia de juez penal podría afectar dichas facultades de los ciudadanos, en nuestro Derecho queda matizada por virtud de las reglas de armonización de las normas del tratado internacional con las normas constitucionales internas por la vía del bloque de constitucionalidad.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución expresamente dispone que la ley puede reglamentar y restringir el acceso y permanencia a los cargos públicos, como en efecto se desprende del capítulo constitucional sobre la función pública; y por esa vía establecer un régimen de prohibiciones, inhabilidades, impedimentos y conflictos de interés que traen como consecuencia la imposibilidad de acceso al ejercicio de cargos públicos.

Es bajo esta concepción, que se consolida la tesis conforme a la cual las autoridades administrativas podrían afectar estos derechos de acceso y permanencia siempre y cuando las decisiones de éstas autoridades sean objeto efectivo de control judicial. Como quedo establecido, en la referencia que se hizo anteriormente en las sentencias estudiadas en el presente escrito sobre el control disciplinario, y la última relacionada con la responsabilidad fiscal la que sería la sentencia C-101 de 2018, la Corte Constitucional ha declarado exequible los efectos que se siguen de los fallos disciplinarios y de los fallos de responsabilidad fiscal emitidos por autoridades administrativas desde la mismas ejecutorias de las decisiones sin necesidad de exigir que estas sean confirmadas por una autoridad judicial, pero siempre con la posibilidad de conocimiento judicial efectivo.

Quiere decir lo anterior que en la regla de armonización, ya establecida con criterio de autoridad por nuestra Corte Constitucional, las decisiones de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la Republica en cuanto sean ejecutorias cobran eficacia para generar los efectos que tanto la Ley 734 como la Ley 610 le confieren, en lo que atañe a impedir el acceso y permanencia de los responsables en los cargos públicos, en el caso disciplinario cuando se trata de destitución e inhabilidad especial y en el caso fiscal cuando se trata de imponer la responsabilidad de esta misma naturaleza.

Las decisiones administrativas que generan inhabilidad, son objeto de control judicial en materia de legalidad y convencionalidad de decisiones disciplinarias y fiscales. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 9 de agosto de 2006, con radicado N° 11001032500020110031600, sostuvo que: *“De acuerdo con el contenido de los artículos 237 y siguientes de la Constitución Política, en armonía con el artículo 103 de la Ley 1437, la jurisdicción está estatuida para la preservación del ordenamiento jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, por cuanto es expresión del ejercicio del control judicial de los actos de la administración, en el marco del Estado Social de Derecho”*.

Como quedo establecido, la Corte Constitucional en ese examen de armonización entre el artículo 23 de la Convención Interamericana y la Constitución colombiana implícitamente sienta los criterios del control judicial sobre estas decisiones, no solamente sobre la perspectiva del ordenamiento jurídico interno sino desde la perspectiva misma de la convencionalidad. Lo hace al establecer como puntos de referencia:

-El Bloque de Constitucionalidad, por tratarse del artículo 23 de la CIDH de una norma contenida en un Tratado que regula los derechos políticos a su vez reconocidos por la constitución colombiana.

-La legitimidad constitucional de regular las bases de ejercicio de estos derechos, pero también la imposición de deberes en el acceso a la función pública y con ello al conferir al legislador el establecimiento del régimen jurídico correspondiente.

-La presencia en el derecho interno, de una materialización de la tutela judicial efectiva, tal y como lo hace en la Sentencia C-101 de 2018 (según lo indica el comunicado 043 de 2018 de la Corte Constitucional) al traer como argumento, complementario de la exequibilidad de las normas que en materia de responsabilidad fiscal allí se estudian, el que las decisiones de las autoridades administrativas, en este caso las que imponen la responsabilidad fiscal, pues son susceptibles del control judicial por parte de la jurisdicción contencioso administrativa

Ahora bien, centrando el tema en los órganos de control que adoptan las decisiones administrativas que restringen o afectan los derechos políticos de los servidores públicos, tales como la Procuraduría o la Contraloría, dichas instituciones, de creación constitucional, en el ordenamiento colombiano, deben respetar todos los preceptos del principio al debido proceso. Como se vio en anterioridad, para que exista una declaratoria de responsabilidad, debe estar consagrado dicho comportamiento en la ley, aparte demostrarse su antijuridicidad y su culpabilidad.

Las decisiones de estos órganos tienen una tutela judicial efectiva que brinda una legitimización y una visión garantista del acceso material a la justicia. El control jurisdiccional de los actos administrativos que declaran la responsabilidad disciplinaria o fiscal, es integral y pleno⁶³. El juez contencioso administrativo tiene la facultad de anularlo total o parcialmente, dictar decisiones de reemplazo o recomposición del acto administrativo⁶⁴.

⁶³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de agosto de 2016, Magistrado Ponente Dr. William Hernández Gómez. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2016/09/PUBLICAN-SENTENCIA-QUE-ANULÓ-DESTITUCIÓN-DE-PIEDAD-CÓRDOBA.pdf>

⁶⁴ El Consejo de Estado, estableció en Sentencia del 9 de agosto de 2016, bajo el radicado N° 11001032500020110031600, que “El control que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce sobre los actos administrativos disciplinarios, es integral por cuanto la actividad del juez de lo contencioso administrativo supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el

El ordenamiento jurídico colombiano, diseñó los procedimientos administrativos de responsabilidad disciplinaria y fiscal, ajustados al respecto de las garantías del debido proceso, con lo cual se puede debatir que el argumento sea meramente que el juicio de responsabilidad penal aplica de manera mucho más restrictiva dicho precepto.

Dentro del diseño constitucional y legal colombiano, las decisiones administrativas objeto del presente estudio, son actos administrativos, los cuales tienen control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyo órgano de cierre ha indicado que sobre éstos recae un control judicial integral que busca garantizar la tutela judicial efectiva, que la propia Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 25.

De esta manera se está garantizando el acceso a la administración de justicia a los servidores públicos que pudieren verse inmersos en una decisión administrativa que afecte sus derechos de acceso o permanencia a la función pública. Los instrumentos judiciales con que cuentan los servidores públicos, al igual que los administrados están contenidos en la Constitución y en la ley, frente a los actos administrativos cabe en primer lugar la acción de nulidad simple, o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medios de defensa que corresponden a las acciones contencioso administrativas, dotadas de la garantía de protección inmediata por vía de las medidas cautelares, las cuales, pueden ser solicitadas por el interesado y decretadas por el Juez Administrativo inclusive con anterioridad a haberse presentado la solicitud de conciliación prejudicial, en los casos que ésta se exija, asegurándose la protección eficaz de los derechos fundamentales de los ciudadanos.⁶⁵

Al recoger los postulados de la Constitución de 1991, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le confirió al Juez de la Administración poderes que van más allá de la tradicional justicia rogada para convertirlo también en un juez de constitucionalidad, de legalidad y, sin duda, en un juez de convencionalidad en ese orden de ideas cuando los juzgados Administrativos, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado conocen en ejercicio de sus competencias una decisión disciplinaria o una decisión de responsabilidad fiscal lo hace a la luz de la Constitución Política, del régimen legal interno y, cuando a ello haya lugar, a la luz de la CIDH es decir, de las reglas de la convencionalidad.

Esta concepción, garantiza que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un régimen de debido proceso de control en sede administrativa y de control en sede judicial, de aquellas decisiones cuyos efectos generan prohibición o inhabilidad para acceder o permanecer en

acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales”

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de marzo de 2014, Magistrado Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón. Disponible en: [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-42-000-2013-06871-01\(IJ\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-42-000-2013-06871-01(IJ))

ejercicio de un cargo público y, consecuentemente, ello se armoniza con la necesaria ponderación entre el derecho individual del ciudadano que aspira o que es servidor público, de una parte; y, de otra, los derechos colectivos reconocidos, expresamente, en la Constitución Colombiana, no reconocidos, expresamente, en la CIDH como son los derechos a la protección del patrimonio público y a la moralidad administrativa entre otros.

El control de convencionalidad, encuentra su fundamento, en los artículos 1^o⁶⁶, 2^o,⁶⁷ 29⁶⁸ y 30 de la CIDH, y se encuentra radicado, tanto en la Corte Interamericana como los jueces de los Estados Partes⁶⁹, en un sistema que en nuestro Derecho se contextualiza en el bloque de constitucionalidad, según ya se ha hecho referencia. Al respecto en la sentencia de la Corte IDH establece en el Caso Almonacid Arellano Vs Chile que, “*el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos*

⁶⁶ Artículo 1. *Obligación de Respetar los Derechos*

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.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano

⁶⁷ Artículo 2. *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.

⁶⁸ Artículo 29. *Normas de Interpretación*

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano Vs Chile. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf: Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 26 de septiembre del 2006, mediante la cual se pronunció sobre el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, se refirió al control de convencionalidad en los siguientes términos: “123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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 normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Humanos”⁷⁰. De lo anterior se colige entonces que, si bien la rama judicial debe tener en el tratado y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención, deben tenerse en cuenta los criterios contemplados por nuestra Corte.

Si lo que en últimas genera incertidumbre, respecto de lo establecido en el artículo 23. 2, que se refiere a la restricción de los derechos políticos por “*condena, por juez competente, en proceso penal*”, es que en Colombia los juicios disciplinarios y fiscales, los efectúan órganos administrativos, se hace precisión en dichas disposiciones tienen control judicial, que además, con ocasión de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2016 con radicado N° 11001032500020110031600, por la Sala Plena del Consejo de Estado⁷¹, se definió que el contencioso administrativo efectuaría un control judicial pleno e integral, producto de un análisis sustancial de la primacía de los derechos fundamentales, debido proceso que puede dar lugar a la nulidad o recomposición del acto administrativo bajo estudio, en los casos en que el juicio de proporcionalidad de la sanción requiera de modificación, el juez dará aplicación al inciso 3 del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo que dispone que respecto del contenido de las sentencias “*(...) para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas*”.

Del análisis llevado a cabo en el presente trabajo, luego de estudiar las consideraciones relevantes de la Sentencia C-028 de 2006, de la Corte Constitucional, se puede determinar que de acuerdo al criterio establecido en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Procuraduría General de la Nación es competente para imponer sanciones que impliquen la restricción de los derechos políticos de los servidores públicos, en nuestro criterio, no solamente a aquellos elegidos por voto popular sino al género establecido por el artículo 123 constitucional, toda vez que pese a que no le asiste formalmente la calidad de autoridad jurisdiccional, de la revisión del diseño institucional de la entidad, se muestra conforme a las exigencias mínimas del sistema interamericano, esto es respetando las características de un juicio legítimo, en donde se garanticen todos los preceptos del principio al debido proceso, incluso, en el marco del control de convencionalidad. Lo cual, también resulta aplicable los efectos de la responsabilidad fiscal, como lo decidió Corte en la sentencia C-101 de 2018.

⁷⁰ Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

⁷¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de agosto de 2016, Magistrado Ponente Dr. William Hernández Gómez. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2016/09/PUBLICAN-SENTENCIA-QUE-ANULÓ-DESTITUCIÓN-DE-PIEDAD-CÓRDOBA.pdf>

CONCLUSIONES

Vistas las consideraciones expuestas a lo largo de este escrito puede afirmarse que del contenido del Artículo 23 de la CIDH no se establece una diferenciación de tratamiento de los deberes a cargo de los servidores públicos.

Igualmente puede afirmarse que el artículo 23 de la Convención no establece una prohibición a los Estados parte de la misma, para que desde sus ordenamientos constitucionales consagren y regulen otro tipo de restricciones a los derechos políticos, sobre todo de los servidores públicos o de quienes aspiran a serlo, desde la perspectiva de la relación de sujeción especial que constitucionalmente rige el vínculo entre los servidores públicos como personas naturales y el Estado al cual prestan sus servicios., Relación de sujeción especial que implica ejercicio de derechos, pero también un cumulo importante de derechos de carácter funcional que les conlleva a una situación o estatus jurídico diferente respecto de los particulares, porque los coloca en una situación de vinculación positiva a derecho.

Es cierto que la disposición de la Convención en comento debe armonizarse con otros instrumentos internacionales en la lucha contra la corrupción y que ello permitiría entender que la norma del artículo 23 de la CIDH, no puede aplicarse de manera absoluta ni literal sino en armonía con estas otras disposiciones internacionales, pero también es cierto que esa armonización no permite llevar a la conclusión exclusiva de que solo los derechos del artículo 23 se pueden limitar por decisiones administrativas cuando está de por medio la lucha contra la corrupción porque no solamente las afectaciones a los derechos colectivos se llevan a cabo por actos o decisiones corruptas, sino también por decisiones ineficientes o temerarias. En tal sentido se resalta la posición de la Corte Constitucional en relación con la inhabilidad derivada de los fallos con responsabilidad fiscal, sentencia C-101 de 2018 (según comunicado 43) donde resalta la protección de la función pública, del patrimonio público y de la gestión de los asuntos públicos, no solo desde el punto de vista de la corrupción sino desde el punto de vista de la eficiente gestión.

El criterio integrador, bajo el cual se logra la armonía entre el referido artículo 23 y las disposiciones legales que permiten la restricción de derechos políticos en Colombia, hace que las disposiciones que limitan dichos derechos no resulten desproporcionadas o irrazonables, en concordancia con el concepto de relación especial de sujeción que tienen los servidores públicos con el Estado. No pueden entenderse las inhabilidades derivadas de los procesos disciplinarios o de responsabilidad fiscal, como una restricción indebida de los derechos políticos, los cuales como se precisó en precedencia no son absolutos ni bajo el criterio de la Corte Constitucional colombiana ni bajo el de la Corte IDH, en el entendido de que los servidores públicos o los ciudadanos que aspiren serlo, deben asumir como carga el cumplimiento de los requisitos y deberes constitucionales y legales tanto para acceder como

para permanecer en la función pública, y no solo querer beneficiarse de las disposiciones que consagran sus derechos.

Las disposiciones constitucionales y legales restrictivas de los derechos políticos en Colombia, tuvieron el respectivo estudio de constitucionalidad y convencionalidad como se pudo evidenciar en las decisiones que declararon su exequibilidad, en las cuales se determinó que cumplían con criterios de legalidad, finalidad y proporcionalidad y necesidad. Ajustado lo anterior al propósito último de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que es la salvaguarda de la democracia, en la participación en condiciones de igualdad de todos los ciudadanos en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido y a acceder y permanecer en la función pública. ¿Por qué habría entonces de tenerse en igualdad de condiciones al servidor o ciudadano, con ánimo de serlo, que actúa en sujeción a la Constitución, la ley y los reglamentos, con quien, por el contrario, se demuestre que defraudó con su conducta voluntaria, dichas disposiciones?

Bajo el anterior supuesto no se estaría garantizando el acceso y permanencia en la función pública, en condiciones de igualdad. Un tratamiento diferenciado, entre funcionarios y cargos de elección popular y funcionarios y cargos de otro tipo de designación o acceso, en ese marco de armonización que quedó expuesto, sería inconstitucional por ser contrario a principios y normas igualmente plausibles, como son los derechos colectivos a la moralidad pública y a la protección del patrimonio público; y a los tratados sobre lucha contra la corrupción.

El concepto de deberes funcionales que, desde la Constitución y la Ley, radican en todas las personas titulares de las funciones públicas y de la gestión fiscal, carecería de valor si por virtud de una equivocada aplicación del artículo 23 del CIDH, se impusiera exclusivamente el control judicial penal a toda infracción de ese estatuto de sujeción especial y vinculación positiva a Derecho a las que está sometido el ejercicio de cargos públicos. Esa interpretación indebida del artículo 23, conduciría al caos y al desconocimiento del régimen de la función pública edificado desde nuestra Constitución; fomentaría la corrupción; quebraría el principio de igualdad de trato entre los funcionarios de nominación y los funcionarios elección popular; fomentaría la ineficacia de la función pública; y sería contrario a nuestro régimen constitucional.

Los límites existentes en el ordenamiento jurídico colombiano pretenden que, como ha quedado evidenciado, quienes asuman cargos públicos y representen al pueblo colombiano, garanticen el interés general, respeten a cabalidad la Constitución y la ley, actúen en concordancia con los principios propios de la función pública, y generen confianza en las instituciones que representan.

Ahora bien, vale la pena precisar que, en relación con la inhabilidad derivada de los fallos con responsabilidad fiscal, no puede perderse de vista que la naturaleza de la responsabilidad fiscal no es punitiva sino sancionatoria y que, por consiguiente, corresponde a una medida que no será objeto de un pronunciamiento por parte de un juez penal sino necesariamente de carácter administrativo y derivado de las obligaciones para el buen manejo de los recursos públicos. Decisión en todo caso controlable por el Juez Contencioso Administrativo.

El artículo 23 convencional no implica un bloqueo del régimen constitucional colombiano, ni menos del régimen de la función pública y de las inhabilidades, porque, como bien lo ha dejado sentado la Corte Constitucional en aplicación del Bloque de Constitucionalidad, las normas sobre tratados internacionales en el marco de ese bloque no constituyen, en modo alguno, normas supraconstitucionales, sino normas que deben interpretarse desde el nivel constitucional, en condiciones de armonización e igualdad con otros postulados del régimen constitucional local, como en este caso el régimen de la función pública concebido en la Constitución y deferido en su amplia regulación a la Ley.

La Corte Constitucional Colombiana ha señalado que no todas las decisiones que afecten los derechos de acceso y permanencia a la función pública, deben ser adoptados a través de sentencias penales proferidas por autoridad judicial. Y lo ha formulado, en ejercicio de la función de control abstracto de constitucionalidad, de tal manera que legitima la competencia de las acciones tomadas a nivel disciplinario y a nivel fiscal por parte de los dos órganos de control estudiados en el presente trabajo.

Adicionalmente, como también lo ha dejado expuesto nuestro máximo tribunal, las decisiones de la Procuraduría y de la Contraloría, en las materias que se han estudiado, son decisiones administrativas que gozan de control judicial posterior, con lo cual, los afectados por las mismas, tiene garantizados sus derechos por vía judicial.

Por lo expuesto acogemos, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, sobre las normas que generan los efectos de inhabilidad para acceder y permanecer en cargos públicos, como motivo de fallos disciplinarios emitidos por la Procuraduría General de la Nación y órganos de control disciplinario; y con motivo de los fallos de responsabilidad fiscal emitidos, por la Contraloría General de la República y organismos de control fiscal. Pronunciamientos que asumen el criterio de la debida armonización.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO, Ricardo y QUINCHE, Manuel Fernando. El Control de Constitucionalidad de los Acuerdos en forma simplificada en Colombia. Un caso de evasión del control. Revista Colombiana de Derecho Internacional N° 18, junio-diciembre de 2006.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes Decisiones de la Corte Constitucional. Ed. LEGIS. 2001.
- CONCHA, Miguel. Los derechos políticos como derechos humanos. La Jornada Ediciones, 1994.
- CONFERENCIA ESPECIALIZADA SOBRE DERECHOS HUMANOS. San José de Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Actas-Conferencia-Interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>
- CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de la Sección Primera, de 16 de febrero de 2012, Rad.2001-00064-01
- CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de agosto de 2016, Magistrado Ponente Dr. William Hernández Gómez. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2016/09/PUBLICAN-SENTENCIA-QUE-ANULÓ-DESTITUCIÓN-DE-PIEDAD-CÓRDOBA.pdf>
- CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de marzo de 2014, Magistrado Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón. Disponible en: [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-42-000-2013-06871-01\(IJ\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-42-000-2013-06871-01(IJ))
- CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de agosto de 2016, Magistrado Ponente Dr. William Hernández Gómez. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/wp->
- CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón. [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-42-000-2013-06871-01\(IJ\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-42-000-2013-06871-01(IJ))
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 9 de agosto de 2016, bajo el radicado N° 11001032500020110031600. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=89040
- CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso. Disponible en: https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_jurídico/1892_CE-Rad-2014-00360-00%20GUSTAVO%20PETRO.pdf
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. AP-25000-23-25-000-2004-00413-01. M.P. Dr. Mauricio Fajardo. Disponible en:

[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2004-00413-01\(AP\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2004-00413-01(AP).pdf)

- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 31 de mayo de 2002. AP-25000-23-24-000-1999-01 (AP-300). M.P. Dra. Ligia López Díaz.
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 6 de julio de 2011, Rad. 68001-23-31-000-2001-00706-01(0558-10).
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente, Dra. Sandra Lisette Ibarra Vélez, 31 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86961>
- CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José de Costa Rica) suscrita en San José de Costa Rica en la Confederación Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969.
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN. NUEVA YORK, 2004. Disponible en: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHOS DE LOS TRATADOS. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA C-340 de 2007 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-340-07.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-431 de 2010, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-431-10.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-618 de 2015, Expediente D-10.679, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-618-15.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006. Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-067 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-220 de 2017. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-220-17.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-30 de 2012. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-030-12.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-452 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, 24 de agosto de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-452-16.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-500 del 16 de julio de 2014. MP Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-500-14.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-551 de 2003. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lizet. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-818 de 2005. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-840 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, 9 de agosto de 2001. Disponible <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, 6 de noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-948-02.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Unificación SU-712 de 2013. Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU712-13.htm#_ftn148
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1031 del 30 de octubre de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-1031-03.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-653 del 9 de julio de 2012. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-653-12.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-101 de 2018 (según lo indica el comunicado 043 de 2018 de la Corte Constitucional) <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2043%20comunicado%2024%20de%20octubre%20de%202018.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano Vs Chile. Disponible en. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Página web oficina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/historia-de-la-corteidh>.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Boyce y Otros Vs Barbados. Sentencia del 20 de noviembre de 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castañeda Gutman Vs Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf
- § CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand Ugarte Vs Perú. Sentencia del 16 de agosto de 2000.
- § CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fermín Ramírez Vs Guatemala. Sentencia del 9 de mayo de 2008.
- § CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman Vs Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011.
- § CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal Vs Panamá. Sentencia del 12 de agosto de 2008.
- § CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs Perú. Sentencia del 29 de noviembre de 2006.
- § CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La última tentación de cristo (Olmedo Bustos y Otros) Vs Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001.
- § CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Mendoza Vs Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia. Sentencia del 26 de mayo de 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Raxcacó Reyes Vs Guatemala. Sentencia del 9 de mayo de 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Reverón Trujillo Vs Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso YATAMA Vs Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.
- DIAZ ARENAS, Pedro Agustín. LA CONSTITUCIÓN Política Colombiana (1991). Proceso, Estructuras y Contexto. Ed. TEMIS. 1993.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La relación de sujeción especial. Estudios. Ed. Universidad Externado.
- HITTERS, Juan Carlos. ¿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 N° 10, julio-

- LEY 1474 DE 2011.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html
- Ley 599 de 2000.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- LEY 610 de 2000.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0610_2000.html.
- LEY 734 DE 2002.
<https://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/L-734-02.htm>
- Organización de los Estados Americanos - OEA-. Disponible en:
http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp
- PEREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Ed. Temis. 1997.
- QUINCHE, Manuel Fernando. El Control de Convencionalidad. Editorial Temis, 2014.
- REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. Ed. No. 31. El control disciplinario de los servidores públicos elegidos por voto popular: una propuesta de reforma. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES.
- REYES, Juan Fernando. La inconstitucionalidad de algunas restricciones al derecho a ser elegido en Colombia. Revista Derecho del Estado N° 23, diciembre de 2009.
- RINCÓN, Elmer Ricardo. ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: Definición, Clasificación, Perspectiva y Alcances. Revista Iter ad Veritatem N° 11, 2003.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Sala Disciplinaria, Ponente Dr. Jaime Mejía Ossman, decisión del 4 de mayo de 2018. Disponible en:
<https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.fro ntend.component.pagefactory.PirelTesauroPageFactory>
- SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. No. 37La Aplicación Nacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Políticos. ROA ROA. Jorge Ernesto. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.