



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B**

CONSEJERO PONENTE: JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)
Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Demandada: Procuraduría General de la Nación
Temas: Imposición de sanción de destitución e inhabilidad general a servidor público de elección popular por parte de la Procuraduría General de la Nación

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Asunto

La Sala, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, procede a proferir la siguiente sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

1. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹, Eduardo Carlos Merlano Morales demandó la nulidad del fallo proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en adelante PGN, en audiencia celebrada el 16 de octubre de 2012, que dispuso sancionarlo con destitución del cargo de senador de la República, periodo 2010-2014, e inhabilidad general por 10 años. Así mismo, solicitó la nulidad del auto del 17 de octubre del mismo año, expedido por la referida autoridad, también en audiencia, en el que resolvió no reponer la decisión administrativa sancionatoria.

2. A título de restablecimiento del derecho solicitó (i) que se ordene al Senado de la República que lo reintegre como congresista por el tiempo que le faltare para completar su periodo constitucional y (ii) que se condene a la PGN a eliminar de sus bases de datos los antecedentes disciplinarios anotados como consecuencia

¹ Previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

de la decisión sancionatoria y, a pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir, con la debida indexación, junto con los intereses a que hubiere lugar.

1.2. Fundamentos fácticos

3. Los hechos relevantes del caso son los siguientes:

3.1. El 22 de mayo de 2012 el jefe de prensa de la PGN se dirigió al procurador auxiliar de asuntos disciplinarios de la entidad para enterarlo de varias publicaciones periodísticas en las que se informaba que en la madrugada del 13 de mayo de 2012 el demandante, al ser requerido en un puesto de control de la Policía Nacional en Barranquilla mientras conducía su vehículo al parecer en estado de alicoramiento, alegó su condición de senador de la República y su amistad con varios altos mandos de la Policía, para negarse a la práctica de una prueba de alcoholemia, que además no portaba licencia de conducción y que se opuso a que le inmovilizaran el vehículo.

3.2. El procurador general de la Nación mediante auto del 22 de mayo de 2012 delegó en la Sala Disciplinaria de la entidad el trámite del proceso disciplinario.

3.3. En auto del 24 de mayo de 2012 la Sala Disciplinaria (i) asumió el conocimiento del asunto en única instancia, (ii) ordenó abrir la etapa de indagación preliminar y (iii) dispuso la práctica de pruebas.

3.4. Por medio de auto del 20 de junio de 2012 la Sala Disciplinaria dispuso tramitar el proceso a través del procedimiento verbal y formuló pliego de cargos contra el demandante porque con la conducta descrita en el fundamento jurídico 3.1 de esta providencia, incurrió a título de dolo en la falta gravísima señalada en el artículo 48.42 de la Ley 734 de 2002, referida a *«influir en otro servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para si o para un tercero»*.

3.5. A través de memorial del 9 de julio de 2012 el demandante solicitó al procurador general de la Nación que reasumiera el conocimiento de la investigación, petición que el procurador negó mediante auto del 11 de julio de 2012.

3.6. El 13 de julio de 2012, en la audiencia de pruebas el demandante solicitó la nulidad del proceso disciplinario por desconocimiento del principio del juez natural y por defectos en el pliego de cargos, petición que fue negada por la Sala Disciplinaria en la misma audiencia.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

3.7. El 16 de octubre de 2012, la Sala Disciplinaria leyó en audiencia el fallo de única instancia en el que determinó sancionar al demandante con destitución del cargo de senador de la república, periodo 2010-2014, e inhabilidad general por 10 años. Contra la decisión sancionatoria el demandante presentó en estrado recurso de reposición, que fue resuelto negativamente en audiencia desarrollada al día siguiente, 17 de octubre de 2012.

3.8. Posteriormente, por los mismos hechos que originaron la sanción disciplinaria, el Consejo de Estado, a través de su Sala Plena de lo Contencioso-administrativo, en sentencia de 5 de noviembre de 2014, proferida en el expediente, 2012-900, con ponencia de la entonces consejera Stella Conto Díaz del Castillo, decretó la pérdida de investidura del ex senador Eduardo Carlos Merlano Morales.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

4. Como tales, se señalaron los artículos 2, 23, 25, 29, 33, 113, 117, 122, 275, 277, 278, 279 de la Constitución; 4, 5, 6, 21, 22, 34.24, 48.42, 154, 175, 182A y 191 de la Ley 734 de 2002; 7 -numerales 19 y 21- del Decreto Ley 262 de 2000; 122, 125 y 131 de la Ley 769 Código Nacional de Tránsito; 25 del Decreto 01 de 1984; 267 y 268 de la Ley 5 de 1992, la Ley 1548 de 2012 y las resoluciones ministeriales 414 de 2002, 1183 de 2005 y 505 de 2009 -*reglamentarias del Código Nacional de Tránsito*-.

5. El demandante sostuvo en el concepto de violación, en primer lugar, que la autoridad disciplinaria vulneró su derecho al debido proceso porque:

5.1. La PGN transgredió el principio de juez natural, puesto que de conformidad con los artículos 277 y 278 de la Constitución, 182 y 191 de la Ley 734 de 2002, 7.19 del Decreto Ley 262 de 2000 y 267 y 168 de Ley 5 de 1992, los procesos disciplinarios contra los congresistas solo pueden ser adelantados directamente por el procurador general de la Nación.

5.2. De acuerdo con las normas señaladas en el fundamento jurídico anterior, los procesos disciplinarios contra los congresistas solo pueden ser tramitados por el proceso especial previsto en los artículos 182 a 191 la Ley 734 de 2002 y no por el procedimiento verbal que aplicaron en su caso.

5.3. Su conducta es atípica, debido a que (i) para el momento de los hechos no se había definido el deber que se le imputó como infringido, puesto que solo hasta el 5 de julio de 2012 con la expedición de la Ley 1548 de 2012 que adicionó la Ley



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

769 de 2002, se señaló como falta sancionable el no acceder a la realización de la prueba de alcoholemia, (ii) en ese entonces la Policía no estaba facultada para inmovilizar vehículos, ya que no existía norma de rango legal o reglamentario que así lo dispusiera, sino varios conceptos del Ministerio de Transporte, que por orden del Decreto 01 de 1984 no son vinculantes.

5.4. Por tratarse de un tipo de falta de doble vía en la que incurre tanto quien influencia como quien se deja influenciar la PGN también debió vincular y analizar la responsabilidad de los agentes de policía de tránsito que participaron en el procedimiento policivo.

6. El demandante argumentó en segundo lugar, que los actos acusados están falsamente motivados porque la Sala Disciplinaria: (i) atribuyó valor de norma jurídica a conceptos del Ministerio de Transporte y con base en ello, concluyó erradamente que se había ejercido influencia sobre una función de policía inexistente, cuando lo que se presentó fue una extralimitación en el ejercicio de las funciones de los uniformados, (ii) señaló que la función preventiva de la policía para inmovilizar vehículos de quienes se negaran a practicar la prueba de alcoholemia era válida en ese entonces, porque se sustentaba en el cumplimiento de la cláusula general establecida en el artículo 2 de la Constitución sobre la prevalencia del interés general como fin del Estado, desconociendo los artículos 122 y 123 de la Constitución, que refieren al principio de legalidad, (iii) asumió como el beneficio indicado en el tipo disciplinario, la no inmovilización del vehículo, cuando en realidad para ese momento era un derecho, puesto que no estaba estipulado en la ley como infracción negarse a la práctica de prueba y menos la imposición de la sanción de inmovilización.

7. Por último, el demandante alegó que la PGN lo sancionó con desvío de poder porque la Sala Disciplinaria (i) analizó las normas aplicables al caso en un sentido contraevidente, ya que para la época de los hechos no existía el deber de practicarse la prueba de alcoholemia y la policía no estaba facultada para inmovilizar automotores, (ii) valoró las pruebas de manera contraria a la realidad puesto que con su conducta no intentó prevalerse de su condición de senador, ni influenciar los uniformados que estaban realizando el control vehicular, sino, defender sus derechos.

2. Contestación de la demanda

8. La PGN se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

8.1. Aunque el origen del proceso disciplinario fue la probable infracción de las normas de tránsito, la conducta que se le cuestionó al disciplinado fue la de no haber permitido a la autoridad policial de tránsito adelantar el procedimiento de inmovilización de vehículo por negarse a la práctica de la prueba de alcoholemia aludiendo a su investidura como senador, lo cual encaja en la falta disciplinaria consagrada en el artículo 48.42 de la Ley 734 de 2002.

8.2. De conformidad con los artículos 277 *-numerales 5 y 6-* y 279 de la Constitución, 78 de la Ley 734 de 2002 y 7.21 del Decreto Ley 262 de 2000, el procurador general de la Nación por sí o por medio sus delegados y agentes puede ejercer el poder disciplinario, incluso contra los servidores de elección popular, de conformidad con las competencias establecidas en la ley y de acuerdo con la estructura y funcionamiento del órgano de control.

8.3. El procedimiento especial que alega el demandante debió adelantarse en su caso, es aplicable cuando el asunto sea tramitado por el procurador general, en el evento de imputarse la primera falta del artículo 278 constitucional, lo que no se presentó en esta ocasión.

8.4. El procedimiento verbal adelantado en este caso se sustentó en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 que posibilita llevar a cabo dicho trámite cuando se considere que existen elementos de prueba suficientes para formular pliego de cargos, los cuales estaban dados al momento de calificar el procedimiento.

3. Alegatos de las partes

3.1. Parte demandante

9. En sus alegatos de conclusión la parte demandante reiteró las pretensiones y argumentos de la demanda. Adicionalmente solicitó la aplicación del precedente fijado por la Sala Plena de esta corporación en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, proferida en el expediente 2014-360 (1131), en la que se señaló que en virtud del principio de convencionalidad estudiado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro contra Colombia, la PGN es competente para adelantar procesos disciplinarios contra funcionarios elegidos popularmente, únicamente cuando se tratan de conductas tipificadas como delitos de corrupción y de lesa humanidad. En ese sentido argumentó, que en el presente caso la PGN no tenía competencia para investigarlo y sancionarlo, porque las conductas que le reprocharon siendo senador, correspondieron a simples infracciones de tránsito.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

10. Finalmente alegó que la PGN vulneró el principio del non bis in idem, porque por la infracción de tránsito que cometió fue sancionado administrativamente, primero con comparendos y multas y luego con la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad de 10 años.

3.2. Parte demandada

11. La PGN guardó silencio en esta etapa del proceso contencioso.

4. Concepto del Ministerio Público

12. El procurador segundo delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

12.1. La PGN es competente para investigar y sancionar a los servidores y particulares que ejercen función pública, incluidos los de elección popular, porque de acuerdo con la Constitución, al órgano de control le corresponde la guarda de la disciplina y la ética en el ejercicio de la función pública.

12.2. En relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego contra Colombia, la restricción de los derechos políticos de los representantes elegidos popularmente y los derechos de sus electores se vulneran al imponer sanciones que implican el retiro del servicio e inhabilitan el ejercicio de cargos públicos por una autoridad administrativa, sin embargo, a la luz de la Convención no se vulneran sus disposiciones si las sanciones no restringen los derechos de acceso a cargos de elección popular y demás derechos políticos.

12.3. Se cumplieron con los requisitos formales y sustanciales para la expedición de los actos administrativos acusados, porque se atendieron los deberes de motivación, se constató que el sujeto disciplinado conoció los cargos en forma clara, concisa y oportuna, pudo ejercer los medios de defensa y contradicción a lo largo del proceso disciplinario y la sanción impuesta se enmarcó en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, de conformidad con los las normas que regulan el proceso disciplinario y la facultad sancionadora de la PGN.

12.4. Aun cuando el fallo hace referencia a las infracciones de tránsito y las acciones preventivas de la policía como la inmovilización de vehículos, la conducta imputada fue la de haberse valido de su condición como senador para impedir u



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

obstruir el cumplimiento de las funciones y misión preventiva de los patrulleros de la policía que llevaron a cabo el procedimiento en el que se encontraba incurso.

12.5. La conducta investigada encuadra como acto de corrupción en la modalidad de tráfico de influencias, lo que inclusive dio lugar a que el Consejo de Estado decretara la pérdida de la investidura de senador del ahora demandante, conducta que encuadra en aquellas susceptibles de sanción disciplinaria señaladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

13. Se circunscriben a resolver los siguientes interrogantes:

13.1. ¿La PGN es competente para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general a Eduardo Carlos Merlano Morales, servidor público elegido popularmente como senador de la República para el período constitucional 2010-2014, a la luz del ordenamiento jurídico interno y de la Convención Americana de Derechos Humanos?

13.2. ¿Se vulneró el derecho al debido proceso por desconocimiento del principio de juez natural al adelantarse y llevar hasta su culminación el proceso disciplinario contra el aquí accionante por parte de la Sala Disciplinaria de la PGN, sin la observancia de las normas procedimentales, por tramitarse la actuación mediante el procedimiento verbal y no por el especial y, sin haber vinculado a los miembros de la policía nacional que participaron en el procedimiento policivo?

13.3. ¿Se acreditó en el curso del proceso disciplinario la legalidad e ilicitud sustancial exigibles para investigar y sancionar disciplinariamente al actor por la falta gravísima contenida en el artículo 48.42 de la Ley 734 de 2002, por el hecho de haber influido en miembros de la policía que efectuaban un procedimiento policivo en un puesto de control, valiéndose de la investidura de senador de la República para que no se continuara con el procedimiento preventivo de inmovilización del vehículo ante la negativa de practicarse una prueba de alcoholemia?

13.4. ¿Los actos administrativos sancionatorios están motivados de manera falsa porque la Sala Disciplinaria otorgó valor normativo a conceptos del Ministerio de Transporte y con base en ello concluyó erradamente que se había ejercido influencia sobre una función de policía inexistente, porque además, señaló que la función preventiva de la policía para inmovilizar vehículos de quienes se negaran a



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

practicar la prueba de alcoholemia era válida en ese entonces, y porque estableció que el beneficio indicado en el tipo disciplinario, era la no inmovilización del vehículo?

13.5. ¿La PGN incurrió en desviación de poder al expedir los actos administrativos sancionatorios en tanto otorgó valor legal a los conceptos expedidos por el Ministerio de Transporte y consideró que los agentes de policías estaban autorizados para adoptar la medida preventiva de inmovilización de vehículos ante la sospecha de estado de embriaguez del conductor?

2. Estudio y resolución del primer problema jurídico

14. Para resolver el primer problema jurídico propuesto, la Sala examinará (i) el alcance del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (ii) lo concerniente a la obligación de las autoridades judiciales de realizar control de convencionalidad, y (iii) lo atinente a la incompatibilidad entre los artículos 44.1 de la Ley 734 de 2002 y 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la competencia de la PGN para restringir los derechos políticos de los servidores públicos elegidos democráticamente, con la imposición de las sanciones de destitución e inhabilidad general.

2.1. Alcance del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

15. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica, fue aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 16 del 20 de diciembre de 1972, ratificada el 28 de mayo de 1973 a través del depósito realizado el 31 de julio de 1973, con aceptación de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985². Por consiguiente, corresponde al Estado «*respetar los derechos y libertades allí reconocidas y garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna*»³, así como la de interpretar los derechos y deberes contenidos en la Constitución Política de conformidad con ella⁴.

²https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Colombia:

³ artículo 1 de la CADH

⁴ Artículo 93 de la Constitución política



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

16. Ahora bien, en relación con los derechos políticos que los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a respetar se dispuso:

«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». (Las subrayas no están en el texto original).

17. Como puede apreciarse, en el primer numeral del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se indican los derechos políticos que deben ser garantizados por los estados partes, mientras que el segundo concierne a las restricciones legales permitidas por el instrumento internacional para reglamentar el ejercicio de los derechos allí reconocidos, restricciones que no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se promulguen por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas⁵.

18. En relación con las restricciones del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se puede afirmar que son causales taxativas al incluirse la palabra «*exclusivamente*» para enlistar las razones por las cuales a través de la ley se puede regular el ejercicio de los derechos políticos previstos en el 23.1 ejusdem. En cuanto a la causal por «*condena, por juez competente, en proceso penal*», en principio, se refiere a la decisión definitiva adoptada por una autoridad calificada, esto es, un juez de la República a quien por su especialidad se le atribuyó la función de estudiar la responsabilidad de la comisión de un acto considerado delito y que si como consecuencia del sentido del fallo es declarado culpable se impone una sanción condenatoria dentro de un proceso de naturaleza especial como lo es un proceso penal.

19. La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en su amplia jurisprudencia se ha manifestado sobre el contenido y alcance de los derechos políticos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que comprenden los derechos de participación en la dirección de asuntos políticos, a votar, a ser elegido y acceder a las funciones públicas, para

⁵ Artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

indicar que deben garantizarse a todos ciudadanos de los estados partes en condiciones de igualdad.

20. Por lo tanto, es deber de los estados partes no incluir en sus ordenamientos disposiciones discriminatorias y por el contrario, deben implementar mecanismos óptimos y generar condiciones para que estos derechos se ejerzan efectivamente y en igualdad, condiciones que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. De ahí que los estados partes puedan y deban regular el ejercicio y oportunidad de los derechos allí reconocidos siempre y cuando sean razonables de acuerdo con el principio de democracia representativa, determinante en todo el sistema del que la convención forma parte.

21. En cuanto a las obligaciones específicas de los estados partes relacionadas con los derechos políticos del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estas se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, cláusula general de obligación de garantías contenida en el artículo 1.1 de la Convención, y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención. Así, y dado que, para garantizar el ejercicio de los derechos políticos no es suficiente con las disposiciones que los contienen, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que estos no tendrían eficacia sin una regulación y por lo tanto se tornarían inoperantes. Por eso, la ley tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos y por ejemplo establecer un régimen político electoral propio. Pero, esta facultad de restringir derechos políticos no es discrecional y está limitada por el derecho convencional que, de conformidad con el artículo 29 de la Convención, prevé que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar en mayor medida que la prevista en ella y siempre y cuando se observen los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática.

22. En cuanto a la causal de restricción específica de derechos políticos por «condena, por juez competente, en proceso penal», en el caso López Mendoza contra Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que el artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales permitidas para restringir los derechos reconocidos en el 23.1 de la Convención, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción, y al referirse a una sanción esta debe tratarse de una condena, por juez competente y en proceso penal.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

23. En aquella oportunidad, los hechos se relacionaban con la inhabilitación impuesta a Leopoldo López Mendoza para el ejercicio de la función pública por la Contraloría General de la República de Venezuela en el marco de 2 procesos administrativos y como consecuencia, haber prohibido su participación en las elecciones regionales del año 2008. La Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la compatibilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con las sanciones de inhabilitación impuestas por decisión de un órgano administrativo y sus efectos. Para resolver el caso en concreto aplicó directamente lo previsto en el artículo 23 de la Convención, al considerar que las sanciones impuestas constituían una clara restricción a uno de los derechos reconocidos en su numeral 1, sin que se ajustaran a los requisitos aplicables de conformidad con el numeral 2. En lo que se refiere precisó lo siguiente:

«106. El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.

107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

108. La Corte estima pertinente reiterar 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 y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo 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. En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.»⁶

24. Así pues, dado que el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina la razón o causal exclusiva de restricción derivada de una sanción a los derechos contenidos en el 23.1 de la misma Convención, esto es, por «condena, por juez competente, en proceso penal», y en este caso no se

⁶ Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Corte IDH.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

cumplieron dichos requisitos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Estado de Venezuela violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1, de la Convención en el caso de Leopoldo López Mendoza.

25. La anterior decisión se sustentó en una interpretación literal de la norma, sin embargo, en su «*voto concurrente*» el juez Diego García Sayán aunque apoyó el sentido de la decisión expresó su disenso al indicar, que una interpretación literal sin mayor fundamentación llevaría a decisiones equívocas en otras situaciones más allá del caso, que se relacionen con la afectación de derechos políticos, y que por ello, de una interpretación no solo literal sino también sistemática y evolutiva, el término «*exclusivamente*» usado en el artículo 23.2 de la Convención Americana no remite a causales taxativas para la reglamentación o restricción de derechos políticos:

«... el concepto “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése 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. 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»⁷. (Las subrayas no están en el texto original).

26. Por consiguiente, en su voto concurrente el juez García Sayán señaló que, teniendo en cuenta una interpretación comprensiva de la norma contenida en el artículo 23.2 que abarque la aplicación de una interpretación sistemática, evolutiva y teleológica se llega a una conclusión diferente en lo que se refiere a la causal de «*condena, por juez competente, en proceso penal*», en la cual lo importante es que la restricción, teniendo en cuenta el derecho afectado, sea tomada por una «*autoridad judicial*» en un proceso que garantice el derecho al debido proceso y las «*garantías judiciales*». Por lo que, aunque compartió el criterio referido a que el derecho al sufragio pasivo, es decir, el derecho a ser elegido, no puede verse afectado por el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, aclaró que la función está reservada a una autoridad judicial, no necesariamente en un proceso penal.

27. En el mismo sentido de la sentencia anterior -*caso López Mendoza contra Venezuela*- la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso Petro Urrego contra Colombia aplicando el mismo estándar:

⁷ Voto concurrente del Juez Diego García Sayán, caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

«La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de sus electores.

97. Esta interpretación literal resulta corroborada si se acude al objeto y fin de la Convención para comprender los alcances del artículo 23.2 del mismo instrumento. La Corte ha afirmado que el objeto y fin de la Convención es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, así como la consolidación y protección de un ordenamiento democrático. El artículo 23.2 de la Convención corrobora esa finalidad, pues autoriza la posibilidad de establecer regulaciones que permitan la existencia de condiciones para el goce y ejercicio de los derechos políticos. De igual forma lo hace la Declaración Americana en su artículo XXVIII, en el sentido de que reconoce la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio de los derechos políticos cuando estos son “necesarios en una sociedad democrática”. Para los mismos efectos, resulta relevante el artículo 32.2 de la Convención en el sentido de que establece que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

98. La interpretación teleológica permite resaltar que, en las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención, debe existir un estricto respeto de las debidas garantías convencionales. La Corte considera que el artículo 23.2 de la Convención, al establecer un listado de posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos, tiene como objeto determinar criterios claros y regímenes específicos bajo los cuales dichos derechos pueden ser limitados. Lo anterior busca que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. De esta forma, el Tribunal considera que las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, en tanto restricciones a los derechos políticos no contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también con el objeto y fin del mismo instrumento»⁸.

28. En suma, una regulación de los derechos políticos que garantice su goce efectivo, real y en condiciones de igualdad debe realizarse acorde con una interpretación armónica con los preceptos de la Convención. Dicha reglamentación debe cumplir con los requisitos de legalidad, que esté dirigida a obedecer una finalidad legítima, que sea necesaria y proporcional, esto es, que sea razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa y, en todo caso, en

⁸ Caso Gustavo Petro Urrego Vs. Colombia. Sentencia de 8 de julio de 2020. Corte Interamericana de Derechos Humanos.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

atención a que las disposiciones de la Convención no pueden interpretarse en sentido de limitar los derechos y libertades en menor medida que la prevista en ella.

2.2. Control de convencionalidad

29. El control de convencionalidad surgió en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un instrumento de diálogo y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por parte de los estados partes con la finalidad de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos y libertades en ella reconocidas *-artículo 1 de la Convención-* y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades *-artículo 2 de la Convención-*.

30. Para ello, es deber del poder judicial de los estados partes realizar un control de convencionalidad entre las disposiciones internas de las que se valen para solucionar los casos que se les presentan y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además, de la interpretación que de ellas realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de esta, ya que al ratificar la Convención no solo el Estado si no también los jueces que hacen parte de él, están sometidas a ella y deben velar porque sus efectos no se vean menoscabados por la aplicación de normas que contraríen su objeto y fin⁹.

31. En ese sentido, es tarea de cualquier autoridad pública ejercer control de convencionalidad, puesto que la protección de los derechos humanos constituye un límite inquebrantable que supera la regla de las mayorías en el marco de la democracia y los actos de la sociedad están limitados por las normas y obligaciones de protección de derechos humanos, que no se garantizan por la sola existencia de un régimen democrático. Así, por ejemplo, con la expedición de leyes contrarias a los postulados internacionales aun en el marco de la democracia, corresponde a toda autoridad ejercer control de convencionalidad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por los estados partes¹⁰.

32. El control de convencionalidad consiste, entonces, en la verificación de las normas y actos de un estado parte con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual debe ser ejercida por toda autoridad pública en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales y, para ejercerlo debe tener en

⁹ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

¹⁰ Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

cuenta no solo el texto convencional, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como su intérprete.

33. En relación con el control de convencionalidad que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos es importante distinguir entre el estado que es parte en el caso sometido a su jurisdicción y el que no lo es. Para el primero de los casos los artículos 66, 67 y 68 de la Convención Americana disponen que el fallo será motivado, definitivo y que el estado se compromete a cumplir la decisión, la cual, no solo es exigible respecto de la parte resolutive si no que si en ella se refiere a las consideraciones también debe atenderse a tal motivación, comoquiera que el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es parte integral del fallo y constituye un todo, adquiriendo la sentencia el carácter de cosa juzgada internacional para el estado que ha sido parte en la controversia y la norma convencional interpretada adquiere vinculatoriedad para todos sus órganos y autoridades.

34. Para el segundo de los casos, en el cual el estado no es parte del caso sometido a su jurisdicción, la Corte Interamericana ha señalado que por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos están obligados por el tratado, por lo que, deben ejercer en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas internas en lo que se refiere a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos teniendo en cuenta el propio tratado y según corresponda sus precedentes o lineamientos jurisprudenciales¹¹.

35. Lo anterior es una expresión del principio de complementariedad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la obligación de los estados partes de cumplir de buena fe los tratados y, en el caso de la Convención Americana, de ejercer un control de convencionalidad de su ordenamiento interno con las disposiciones del texto convencional para evitar potenciales violaciones de derechos humanos y la consecuente responsabilidad internacional, comoquiera que son los estados partes los primeros llamados a proteger los derechos humanos de las personas dentro de su jurisdicción y en caso de violación de estos, deben solucionarse internamente y solo en caso contrario y de someterse a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en forma complementaria, le compete a esta pronunciarse, pero, en todo caso, el control de convencionalidad es obligatorio para todas las autoridades en virtud de la

¹¹ Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

ratificación del tratado y la aceptación de la competencia de las instancias internacionales.

36. A nivel interno, la Constitución Política, en su artículo 9, prevé que las relaciones del Estado colombiano se fundamentan, entre otras, en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia y, en su artículo 93, que los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos prevalecen en el ordenamiento interno, incorporándolos dentro del «*bloque de constitucionalidad*». Así mismo, la Ley 32 de 1985 que aprueba la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, dispone que el estado debe cumplir los tratados de buena fe, en virtud del principio «*pacta sunt servanda*», y prohíbe invocar disposiciones de derecho interno para incumplir los tratados internacionales, artículos 26 y 27, respectivamente.

37. En este sentido, Colombia como Estado parte de la Convención Americana está obligado a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, a garantizarlos sin discriminación alguna y por tanto a cumplir con la obligación de ejercer el control de convencionalidad para verificar que las normas del ordenamiento jurídico interno sean compatibles con las normas convenidas y ratificadas teniendo en cuenta las interpretaciones que de ella haga su intérprete último para prevenir potenciales violaciones a derechos humanos y consecuentes responsabilidades por incumplimiento de obligaciones internacionales.

2.3. Incompatibilidad entre los artículos 44.1 de la Ley 734 de 2002 y 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

38. El artículo 40 de la Constitución, sobre los derechos políticos, establece lo siguiente:

«Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

- 1. Elegir y ser elegido.*
- 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.*
- 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*
- 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.*
- 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.*
- 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.*



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.»

39. Los derechos políticos son de gran importancia para garantizar los principios democráticos en los que se funda la República de Colombia -*artículo 1 Constitucional-*, no obstante, no son derechos absolutos y su ejercicio está condicionado a la calidad de ciudadano en ejercicio del artículo 99 Superior, además, de no haber sido suspendido por virtud de alguna limitación o restricción regulada en el ordenamiento positivo.

40. En lo que corresponde a las restricciones de los derechos políticos, en el ordenamiento jurídico interno, además de las autoridades judiciales, se les confirió a los órganos de control y entidades no jurisdiccionales la competencia para así proceder mediante decisiones de carácter administrativas.

41. En lo que se refiere al control disciplinario encabezado por el procurador general de la Nación, el artículo 277 de la Constitución le otorga competencia para que, por sí o por medio de sus delegados y agentes, cumpla la función 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».* (Subraya la Sala).

42. Adicionalmente, el artículo 278 Superior prevé que el procurador general de la Nación ejercerá 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».*

43. En desarrollo de estas funciones y, de acuerdo con el artículo 279 *ejusdem* que indica que «la ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación», se expidió el Decreto Ley 262 de 2000 que, entre otras, establece la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y el régimen de competencias interno de la Procuraduría General, y la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, que en armonía con los artículos



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

122 y 125 constitucionales, en su artículo 25 precisó que todos los servidores públicos, incluidos los de elección popular, son destinatarios de la ley disciplinaria sujetos al control, vigilancia, investigación e imposición de sanciones por acciones u omisiones generadoras de responsabilidad disciplinaria, así:

«son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria». (Las subrayas no están en el texto).

44. En el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 se determinó, entre las sanciones a las que está sometido el servidor público, la *«destitución e inhabilidad general, cuando cometen faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima»* y, dado que, la PGN es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario y órgano de control que tiene la función de vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular, por mandato constitucional¹² y legal¹³, el procurador general de la Nación se encuentra facultado para sancionar a los servidores públicos de elección popular, con destitución, e inhabilidad, sanción que conlleva a una restricción del ejercicio de derechos políticos, en la modalidad de sufragio pasivo, es decir, en el derecho de ser elegido, teniendo en cuenta que implica por una parte, la terminación de la relación jurídica del servidor público con la administración y, por la otra, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el término señalado en el acto administrativo sancionatorio¹⁴.

45. En suma, de la lectura literal del artículo 23.2 Convencional que señala las razones o causales exclusivas por las cuales los estados deben reglamentar el ejercicio y oportunidad de los derechos allí referidos, específicamente, por *«condena, por juez competente, en proceso penal»*, como de la interpretación sistemática, evolutiva y teleológica de esa norma convencional, frente al artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 que indica como sanción por la comisión de una falta disciplinaria gravísima la destitución e inhabilidad general de un servidor público, incluido los de elección popular, por una autoridad administrativa como lo es la PGN, surge una evidente incompatibilidad, porque dicha sanción constituye una restricción no permitida en el texto convencional que limita en mayor medida los

¹² Constitución Política, artículo 277.6.

¹³ artículo 3 de la Ley 734 de 2002.

¹⁴ Artículo 45 de la Ley 734 de 2002.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

derechos políticos reconocidos en ella, al imponerse por una autoridad administrativa en el curso de un proceso administrativo sancionatorio.

46. En consecuencia, si bien la Subsección B de la Sección Segunda, en anteriores oportunidades, con fundamento en lo previsto en los artículos 277-6 y 278.1 de la Constitución Política de 1991, había reconocido validez constitucional a la potestad del procurador general de la Nación y de sus delegados para imponer sanciones disciplinarias de suspensión y destitución a servidores públicos de elección popular, lo cierto es que en estos momentos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente la emitida en los casos López Mendoza contra Venezuela en 2011 y, Petro Urrego contra Colombia en 2020, evidencia un nuevo contexto, que en razón del derecho viviente¹⁵ obliga a las autoridades a realizar una interpretación de la normativa interna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de un control pleno.

47. En efecto, en el caso Petro Urrego contra Colombia la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que *«el Estado incumplió con sus obligaciones previstas en el artículo 23 de la Convención, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, por la existencia y aplicación de las normas del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría a imponer dichas sanciones a funcionarios públicos democráticamente electos, como fue el caso del señor Petro»*. En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que *«los derechos políticos del señor Petro se vieron afectados por la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la Procuraduría General el 9 de diciembre de 2013 y que fue confirmada el 13 de enero de 2014. Si bien el Consejo de Estado declaró la nulidad de dicha sanción, ordenó el pago de salarios dejados de percibir, y ordenó la desanotación de las sanciones impuestas mediante sentencia de 15 de noviembre de 2017, la Corte concluye que dicha decisión no ha reparado integralmente el hecho ilícito que constituyó la violación del derecho al ejercicio de una función de elección popular del señor Petro, pues su mandato fue interrumpido por algo más de un mes mientras estuvo separado de su cargo en virtud de la decisión de la Procuraduría, lo cual también constituyó una afectación de los derechos políticos de sus electores y del principio democrático, y no se han modificado las normas que permitieron la imposición de dichas sanciones»*. (Resaltado fuera de texto).

48. La citada providencia es clara al indicar que la vigencia de las normas que facultan a la PGN a imponer sanciones de inhabilitación o destitución de funcionarios democráticamente electos previstas en general en el ordenamiento jurídico colombiano, y en particular en el Código Disciplinario Único constituyen un

¹⁵ El derecho viviente entendido como una doctrina en el área del Derecho, significa una interpretación dominante de carácter judicial o asentada en la doctrina especializada que determina el sentido o significado real de una norma y su aplicación. Así se puede extraer de la Sentencia C-557 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno; por ello, el Estado es responsable por la violación al artículo 23 de la Convención Americana.

49. En tal virtud, en el caso Petro Urrego contra Colombia la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado colombiano que ajuste el ordenamiento interno, cumplimiento que se debe materializar a través de medidas legislativas, que no se han expedido, por lo que en esta oportunidad la Sala responde a la morosidad de Colombia en dicho acatamiento, que ha pasado por alto los mandatos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

50. En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en resolución de 25 de noviembre de 2021, al realizar la «*supervisión de cumplimiento de [la] sentencia*» de 8 de julio de 2020, en el caso Petro Urrego contra Colombia, expresó que «*la Procuraduría continúa reteniendo la facultad de imponer sanciones de destitución e inhabilitación a funcionarios públicos democráticamente electos, contraviniendo lo previsto en dos artículos de la Convención americana de derechos humanos*», por lo que «*se encuentra pendiente que el Estado adecue la normativa interna que faculta a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones de destitución e inhabilitación a funcionarios públicos democráticamente electos, y se solicita que en su siguiente informe presente información al respecto*».

51. Es importante destacar que el Estado colombiano, en el interregno en que estuvo suspendida la vigencia del Código General Disciplinario -*Ley 1952 de 2019*-, propuso una nueva legislación en materia disciplinaria, contenida en la Ley 2094 de 2021, para precisamente ajustar el ordenamiento interno a los parámetros jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el sentido de asignar a la PGN funciones jurisdiccionales, para que sus decisiones disciplinarias tuviesen el carácter de verdaderas providencias judiciales. Sin embargo, en la sentencia C-030 de 2023 -*cuyo texto completo a la fecha no se ha publicado*- la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones «*jurisdiccionales*» y «*jurisdiccional*» contenidas en varios apartados de la referida Ley 2094 de 2021, y precisó que las funciones disciplinarias que ejerce la PGN son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. Por lo que fuerza concluir entonces, que no se ha avanzado en la adecuación del orden interno, en la medida en que el ente de control a pesar de ser una autoridad administrativa, continúa imponiendo sanciones disciplinarias a servidores elegidos popularmente.

4. Estudio del caso concreto

52. En primer lugar es importante aclarar que, en atención a la temporalidad en la que se llevó a cabo la investigación e imposición de la sanción disciplinaria por parte de la Sala Disciplinaria de la PGN en el presente caso, el estándar



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

interamericano aplicable es el derivado de la sentencia López Mendosa Vs. Venezuela que constituye el parámetro de convencionalidad a tenerse en cuenta para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención Americana en el caso específico.

53. En ese sentido, la Sala reitera que un control de convencionalidad entre el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 y el artículo 23.2 de la Convención Americana, permite hallar una incompatibilidad y llegar a la conclusión sobre la falta de competencia de la PGN para imponer una sanción que restringiera los derechos políticos del actor.

54. En efecto, la sanción de destitución e inhabilidad general impuesta al actor corresponde a la prevista en el artículo 44.1 de la Ley 734 para las faltas gravísimas dolosas, lo que implicó, por un lado, la terminación de la relación laboral del actor con la administración, quien había sido elegido por voto popular y, por el otro, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el término de 10 años señalado, lo que derivó en una clara restricción de derechos políticos, concretamente, el contenido en el artículo 23.1.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*».

55. Interpretación a la que se llega del análisis en conjunto con las disposiciones del texto convencional que prevén, en el artículo 8 *ejusdem* las garantías judiciales a las que tiene derecho toda persona para la determinación de sus derechos, entre ellas, a un juez competente, imparcial e independiente, en el marco de un proceso judicial bajo las reglas del debido proceso y en el artículo 29 *ejusdem* en el entendido que ninguna norma de la convención debe ser interpretada de tal manera que el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en ella se limiten en mayor medida que en las ahí previstas.

56. Teniendo en cuenta lo anterior y frente a los hechos relevantes para resolver el primer problema jurídico, está probado (i) que el procurador general de la Nación avocó de oficio el conocimiento de la actuación disciplinaria contra el actor por los hechos ocurridos el 13 de mayo del 2012, en los que este se negó a practicar prueba de alcoholemia, conducir sin licencia y realizar llamadas para retirarse del lugar sin cumplir el procedimiento policial de inmovilización preventiva del vehículo que conducía, (ii) el procurador delegó la competencia para adelantar el proceso en la Sala Disciplinaria con apoyo de la procuraduría auxiliar para asuntos disciplinarios de acuerdo con el artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000¹⁶, (iii) la Sala Disciplinaria asumió en única instancia el conocimiento de la actuación disciplinaria, abarcando la

¹⁶ Folio 84



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

tramitación de todas las etapas de instancia hasta su culminación con el fallo del 16 de octubre de 2012 en el que encontró responsable disciplinariamente al actor por haber incurrido a título de dolo en la falta gravísima del artículo 48.42 de la Ley 734 de 2002, que reprocha el influir en otro servidor público prevaliéndose de su cargo para conseguir una actuación o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero, imponiéndosele la sanción de destitución e inhabilidad general por el termino de 10 años, decisión que fue confirmada el 17 de octubre del mismo año por la misma autoridad disciplinaria al resolver el recurso de reposición, y (iv) finalmente, como consecuencia de los actos administrativos sancionatorios el Senado de la República mediante resolución 86 del 23 de octubre de 2012 hizo efectiva la sanción¹⁷.

57. En virtud de lo anterior, se puede concluir que la limitación a los derechos políticos del actor fue impuesta mediante actos administrativos en un proceso administrativo sancionatorio llevado a cabo en todas sus etapas desde la investigación, juzgamiento y consecuente imposición de la sanción de destitución e inhabilidad por una autoridad administrativa, esto es por la Sala Disciplinaria de la PGN, por lo tanto, en el presente caso no se cumplen con los requisitos para que proceda la restricción de los derechos reconocidos en el artículo 23.1 de la CADH, específicamente, la causal correspondiente a «*condena, por juez competente, en proceso penal*», comoquiera que la entidad que interpuso la sanción no es una autoridad judicial, no hubo condena y las sanciones no se aplicaron como consecuencia de un proceso que en relación con el artículo 8 *ejusdem* respete las garantías judiciales, lo que conllevó a la transgresión del principio de jurisdiccionalidad.

58. En ese sentido, la imposición a Eduardo Carlos Merlano Morales de la sanción de destitución e inhabilidad general descrita en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2022 por parte de la Sala Disciplinaria de la PGN es incompatible con el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica como causal permitida de restricción de derechos políticos aquella impuesta por condena, por juez competente en proceso penal.

59. La Sala anota finalmente, que de una interpretación amplia de dicha causal, como la efectuada por el juez García Sayán que se reseñó en los fundamentos jurídicos 25 y 26 de esta providencia, acorde con el ordenamiento jurídico interno y sin desconocimiento de los postulados convencionales, el poder capaz de limitar y suspender dichos derechos radica exclusivamente en un juez de la República, dentro de un proceso no necesariamente de naturaleza penal, y no en una autoridad administrativa. Por ello no puede perderse de vista que el ex congresista Merlano

¹⁷ Folio 558 y 559



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

Morales por los mismos hechos que motivaron la actuación disciplinaria y la consecuente sanción, fue también objeto de pérdida de investidura por parte de esta Corporación, mediante sentencia del 11 de noviembre de 2014 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso-administrativo¹⁸. Sin perjuicio de que se trata de dos sanciones cuya naturaleza es distinta, es perfectamente posible considerar que, para el caso en estudio, ya un juez *-en este caso el contencioso administrativo-* impuso, en el marco de un proceso judicial respetuoso de las garantías procesales mínimas, la pérdida de investidura, que vendría a ser la máxima sanción para el servidor elegido popularmente.

60. Por consiguiente, se declarará la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Sala Disciplinaria de la PGN en los que se impuso al demandante la sanción de destitución e inhabilidad general por 10 años, toda vez que dicho ente de control no tenía competencia para imponer una sanción que restringiera el ejercicio de los derechos políticos del actor, quien fue elegido popularmente para desempeñar el cargo de senador y que valga resaltar también conlleva a la restricción del ejercicio de derechos políticos de sus electores.

61. Al disponerse que los actos administrativos sancionatorios del 16 y 17 de octubre de 2012 proferidos por la Sala Disciplinaria de la PGN están viciados de nulidad por falta de competencia de la autoridad disciplinaria, la Sala se sustrae de resolver los demás problemas jurídicos planteados.

5. Las decisiones que se adoptarán

62. Con fundamento en lo expuesto, la Sala ordenará (i) declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, (ii) ordenar a la PGN eliminar de sus bases de datos, los antecedentes disciplinarios anotados como consecuencia de la decisión sancionatoria que se anula, (iii) dado que el cargo en el que fue retirado el actor corresponde al de senador de la República, el cual, se ostenta en un periodo constitucional de 4 años y el actor fue elegido para el correspondiente entre los años 2010 y 2014 no es posible ordenar el reintegro, porque es evidente que el periodo ya venció, (iv) condenar a la PGN a pagar al demandante los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de su retiro hasta el 14 de noviembre de 2014, fecha en la que quedó en firme la providencia de 5 de noviembre de 2014 de esta corporación que declaró la pérdida de su investidura como senador¹⁹ (v) descontar de la condena todo lo que el demandante hubiera

¹⁸ Sentencia de 11 de noviembre de 2014. Medio de control de pérdida de investidura. Expediente N° 11001-03-15-000-2012-00900-00

¹⁹ Edicto número 318 fijado el 11 de noviembre de 2012 por el término legal de 3 días hasta el 13 de noviembre de 2014. Folio 813 del cuaderno principal 4 de pérdida de investidura Rad. 11001-03-15-000-2012-00900-00



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

percibido en el sector público como retribución por su trabajo, si a ello hubiere lugar.

63. Para ello se deberán actualizar los valores a pagar según la fórmula que se describe a continuación:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Índice inicial

63.1. Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del CPACA. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada prestacional.

6. Costas

64. Por último, en cuanto a la condena en costas la Sala precisa que la norma que prevé su condena en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es el artículo 188 del CPACA que dispuso: *«Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal».*

65. Para la Sala, la palabra *«disponer»* a la que hace referencia la norma enunciada, no presupone la causación de costas per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que haya lugar a su imposición, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución. Por ello, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones, corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Esa ponderación se realiza teniendo en cuenta si existieron acciones temerarias, dilatorias que obstruyan o dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento y de verificar que en el expediente aparezca probado si se causaron dichas costas.



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

66. En el caso concreto, como no se evidenció que la parte vencida actuase con temeridad o mala fe, ni se advirtió conducta o circunstancia irregular en el transcurso del trámite procesal de única instancia, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero. Declarar la nulidad de los actos administrativos disciplinarios proferidos en audiencia el 16 y 17 de octubre de 2012, por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante los que sancionó a Eduardo Carlos Merlano Morales con destitución en el cargo de senador de la República, para el período constitucional 2010-2014, e inhabilidad general por el término de 10 años.

Segundo. A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Procuraduría General de la Nación, eliminar de sus bases de datos, los antecedentes disciplinarios anotados como consecuencia de la decisión sancionatoria que en esta providencia se anula.

Tercero. A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Procuraduría General de la Nación a pagar al demandante de manera indexada, de acuerdo con la fórmula señalada en la parte motiva, los salarios y las prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de su retiro hasta el 14 de noviembre de 2014, fecha en la que quedó en firme la providencia que declaró la pérdida de investidura de senador. De la condena, la Procuraduría General de la Nación deberá descontar todo lo que el demandante hubiera percibido en el sector público, si a ello hubiere lugar.

Cuarto. Reconocer personería al abogado Mario Rafael Ramón Pacheco identificado con la cédula de ciudadanía No. 1'118.547.778 de Yopal y tarjeta profesional 270272 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar como apoderado de la Procuraduría General de la Nación, con las facultades y para los fines establecidos en el poder que se encuentra en SAMAI.

Quinto. Sin condena en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Demandante: Eduardo Carlos Merlano Morales
Radicado: 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013)

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
Firmado Electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Firmado Electrónicamente

Con salvamento de voto
CARMELO PERDOMO CUÉTER
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.