



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

CONSEJERO PONENTE: JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

Bogotá, D. C., catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 23001-23-33-000-2019-00264-01 (2504-2022)
Demandante: Edwin Besaile Fayad
Demandado: Procuraduría General de la Nación¹

Tema: Medida cautelar

RESUELVE APELACIÓN DE AUTO

Asunto

La Subsección procede a resolver el recurso de apelación presentado por Edwin Besaile Fayad contra el auto proferido el 7 de octubre de 2021 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, por medio del cual se negó la solicitud de medida cautelar presentada por la UGPP.

1. Antecedentes

1.1. La demanda y el escrito de medida cautelar

1.1.1. La demanda

Edwin Besaile Fayad presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², con el fin de que se declarara la nulidad de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia, del 27 de septiembre de 2018 y del 14 de enero de 2019, respectivamente, mediante los cuales la PGN dispuso sancionarlo con destitución e inhabilidad general por el término de 10 años.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó que: i) se revocaran los antecedentes disciplinarios y se eliminaran las respectivas anotaciones de su hoja de vida; ii) se ordenara el reintegro al cargo de gobernador del departamento de Córdoba; iii) se condenara a la PGN a pagar todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y

¹ En adelante PGN.

² En adelante CPACA.



hasta cuando se produzca su reintegro; iv) se declarara que no ha existido solución de continuidad en los servicios; v) se reconociera y pagara la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales; vi) se indexaran las sumas reconocidas tomando como base el índice de precios al consumidor (IPC); y vii) se condenara en costas y gastos del proceso.

Como hechos relevantes, se señalaron los siguientes³:

- El 6 de noviembre de 2015, Tatiana Margareth Otero denunció ante la PGN sobre presuntas irregularidades cometidas en la Gobernación de Córdoba, relacionadas con la negativa de «entregar autorizaciones, alterar el valor y no cancelar desde el 2013» las facturas de los servicios médicos prestados por Funtierra Rehabilitación IPS por los servicios de «terapias neurorrehabilitación y neurodesarrollo».

- El 17 de noviembre de 2015, la PGN, regional de Córdoba ordenó la apertura de indagación preliminar en contra de Edwin Preciado Lorduy, secretario de salud departamental.

- Mediante auto del 15 de julio de 2016, la PGN, regional Córdoba ordenó la remisión por competencia a las delegadas para la vigilancia administrativa; asunto que correspondió a la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, quien en providencia del 3 de agosto de 2017 dispuso dar apertura a la investigación contra los gobernadores del departamento de Córdoba, Edwin Besaile Fayad y Alejandro Lyons Muskus, y contra los secretarios de salud de dicho departamento, Edwin Preciado Lorduy y José Jaime Pareja Alemán.

- El 2 de febrero de 2018 la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal formuló un cargo único contra Edwin Besaile Fayad, como gobernador del departamento de Córdoba, «porque supuestamente no ejerció el deber de vigilancia y salud sobre los actos de su delegación, lo que permitió que el secretario de salud ordenara el pago de servicios de salud, sin que mediara relación contractual entre la IPS y la Gobernación de Córdoba». Dicho cargo fue contestado por el presunto responsable.

- Mediante fallo disciplinario del 27 de septiembre de 2018, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal declaró, entre otras personas, a Edwin Besaile Fayad responsable disciplinariamente del cargo formulado y le impuso la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 10 años. Decisión que fue apelada por los disciplinados.

- Mediante acto del 14 de enero de 2019, la Sala Disciplinaria de la PGN resolvió los recursos de apelación y confirmó en todas sus partes el fallo sancionatorio de primera instancia.

³ Samai, índice 2, ED_TESTIGODOCUMENTALC(.pdf), Demanda Besaile.



- «De manera paralela al proceso disciplinario reseñado», la PGN inició 2 investigaciones disciplinarias en las cuales, provisionalmente, se suspendió del cargo de gobernador de Córdoba por el término de 12 meses y dejó «en vilo sus derechos políticos, incumpliendo el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica y la legislación interna al respecto».

1.1.2. Solicitud de medida cautelar

En el escrito de la demanda Edwin Besaile Fayad solicitó que se decretara la suspensión provisional de los efectos de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia, del 27 de septiembre de 2018 y del 14 de enero de 2019, respectivamente, a través de los cuales la PGN dispuso sancionarlo con destitución e inhabilitación general por el término de 10 años, pues se evidencia un perjuicio irremediable como lo es «el no disfrute de sus derechos políticos, dentro de los cuales se encuentra el ejercicio del cargo de Gobernador de Córdoba, para el que fue elegido por el voto popular» (sic). Aunado a que los actos demandados fueron proferidos con clara violación de las normas en que debieron fundarse y con desviación del poder⁴, toda vez que fueron expedidos sin competencia.

1.1.3. Oposición

La PGN se opuso a la prosperidad de la solicitud de la medida cautelar con fundamento en lo siguiente⁵:

- La medida cautelar no cumple con los presupuestos legales para ser decretada, toda vez que no existe prueba que permita concluir la prosperidad del *petitum*.
- Los actos demandados se encuentran sustentados en las normas de orden constitucional y legal para tal fin.
- No existe evidencia que permita concluir un perjuicio irremediable, simplemente afirmaciones que solo «corresponden a la órbita de su presunción», pues los actos administrativos que se pretenden suspender han desplegado sus efectos desde hace mucho tiempo y en consecuencia «su presunción de legalidad debe permanecer incólume».

1.2. Auto que resolvió la medida cautelar

⁴ Samai, índice 2, ED_TESTIGODOCUMENTALC(.pdf), CuadernoMedidaCautelar, MedidaCautelar 201900264, folios 1 y 2.

⁵ Samai, índice 2, ED_TESTIGODOCUMENTALC(.pdf), CuadernoMedidaCautelar, MedidaCautelar 201900264, folios 8 al 26.



El Tribunal Administrativo de Córdoba profirió el auto del 7 de octubre de 2021 por el cual negó la suspensión provisional solicitada. Como fundamento de su decisión señaló lo siguiente⁶:

- La parte demandante no expuso los vicios que se endilgan para la prosperidad de la medida cautelar; sin embargo, de la lectura de la demanda se pudo colegir que lo alegado es que los actos acusados fueron expedidos con violación de las normas en que debieron fundarse y con desviación de poder, toda vez que a la luz de los artículos 29 Constitucional y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la PGN carecía de competencia para suspender el ejercicio de sus derechos políticos.

- Respecto de la competencia de la PGN para la suspensión de funcionarios electos popularmente, la Corte Constitucional con fundamento en los artículos 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 277 de la Constitución Política ha concluido que no solo los jueces pueden limitar los derechos políticos de los servidores de elección popular, sino también lo pueden hacer autoridades administrativas, siempre que respeten las garantías del debido proceso.

- El Consejo de Estado han sostenido que, si bien la PGN, únicamente, tiene competencia para investigar a funcionarios de elección popular, dicha competencia se amplía hasta suspender los derechos políticos del funcionario investigado, en aquellos eventos en los cuales la investigación se realiza por posibles actos de corrupción.

- Al no existir unanimidad jurisprudencial frente a la competencia de la PGN para limitar los derechos políticos de los funcionarios electos popularmente, «no están dados los presupuestos para decretar la medida, ya que será al definir el fondo del asunto cuando se establezca cual criterio resulta aplicable, si el esgrimido por la Corte Constitucional o el señalado por el Consejo de Estado y además si se investigó al actor por presuntos actos de corrupción o no y en consecuencia la procuraduría tenía competencia o no para expedir los actos acusados».

- Además, con la solicitud no fue aportado ningún medio de prueba relacionado con la irremediabilidad que prevé la norma, así como tampoco se advierte que existan razones legales que obliguen al juez a ordenar la medida solicitada, pues no hay elementos jurídicos suficientes para establecer que con la negativa de dicha medida se producirían consecuencias irremediables o se afectara el interés público, máxime cuando lo que se discute en esta oportunidad también es objeto de control en la demanda, es decir que de cualquier forma se estudiará la nulidad del acto acusado.

1.3. El recurso de apelación

⁶ Samai, índice 2, ED_TESTIGODOCUMENTALC(.pdf), 23001233300020190026400_11AutoDecide_df3378063be74d9095c5a40e0f4f2500.



Edwin Besaile Fayad interpuso los recursos de reposición y apelación en contra de la decisión anterior, con fundamento en lo siguiente⁷:

- Lo que busca la medida cautelar es la efectividad de derechos políticos adquiridos, dentro de los cuales se encuentra el de elegir y ser elegido, pero especialmente el de «participar en la conformación del poder público».
- En el momento que se presentó la demanda aún se encontraba vigente el periodo para el cual fue electo como gobernador del departamento de Córdoba.
- La sanción de inhabilidad impuesta sigue afectando sus derechos para ejercer cargos o funciones públicas, lo cual, con su edad y estatus profesional «se convierte prácticamente en una expulsión de la vida pública e incluso privada, con ocasión de la afectación reputacional y al buen nombre» (sic).
- La suspensión e inhabilidad no tuvo como causa la comprobación de hechos constitutivos de actos de corrupción, razón por la cual la PGN no tenía competencia para suspenderlo del ejercicio de sus derechos políticos.

1.4. Trámite impartido a los recursos

Mediante auto del 1° de febrero de 2022, el Tribunal Administrativo de Córdoba concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁸.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

La Subsección B de la Sección Segunda de esta corporación es competente para conocer del recurso de apelación presentado contra el auto que decretó la medida cautelar, de conformidad con los artículos 125, 150 y 243-5 del CPACA.

2.2. Problema jurídico

Se circunscribe a resolver: si se ¿Deben suspenderse provisionalmente los efectos los fallos disciplinarios acusados por haberse expedido sin competencia para suspender el ejercicio de los derechos políticos del exgobernador de Córdoba, Edwin Besaile Fayad?

2.3. Marco normativo

⁷ Samai, índice 2, ED_TESTIGODOCUMENTALC(.pdf), 10MemorialRecursoApelacionAutoDecideMedidaCautelar (02).

⁸ Samai, índice 2, ED_TESTIGODOCUMENTALC(.pdf) , 13AutoConcedeApelacion.



2.3.1. Las medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo

El artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 señala que las medidas cautelares proceden incluso antes de que se notifique el auto admisorio y en cualquier etapa del proceso para «proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia».

En atención al artículo 230 *ejusdem*, las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas, o de suspensión; la competencia para dictarlas es del juez o magistrado ponente; pueden decretarse una o varias en un mismo proceso; y se previó un listado enunciativo de aquellas, entre las cuales se encuentra al tenor literal las siguientes:

- «1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.»

Esta normativa, en el artículo 231, señala los requisitos para decretar las medidas cautelares. Para el caso de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandando establece una diferenciación, en atención a si en la demanda se pretende únicamente la nulidad del acto administrativo para lo cual solo debe acreditarse la violación de las normas superiores, o si se pretende además de la nulidad el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios además deberán probarse estos. La norma señala expresamente lo siguiente:



«Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.»

De las normas antes analizadas⁹ se desprende que los requisitos para decretar las medidas cautelares se pueden clasificar en 3 categorías, a saber: i) requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole formal; ii) requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole material; y iii) requisitos de procedencia específicos¹⁰. Veamos:

i) Requisitos de procedencia, generales o comunes de índole formal. En el entendido que son «generales o comunes» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «índole formal», en la medida en que solo requieren una corroboración de aspectos de forma y no un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole formal, son: **a)** debe

⁹ Ley 1437 de 2011, artículos 229, 230 y 231.

¹⁰ Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto de 6 de abril de 2015. Expediente N°: 11001-03-25-000-2014-00942-00. N° interno: 2905-2014. Demandante: Jairo Villegas Arbeláez. Demandado: Nación - Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio.



tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹¹; **b)** debe existir solicitud de parte debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos en los que opera de oficio¹².

ii) Requisitos de procedencia generales o comunes de índole material. En el entendido que son «generales o comunes» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «índole material», en la medida en que exigen por parte del juez un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole material, son: **a)** que la medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia¹³; y **b)** que la medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda¹⁴.

iii) Requisitos de procedencia específicos de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Estos se denominan «requisitos de procedencia específicos» porque se exigen de manera particular para cada una de las categorías de medida cautelar enlistadas, a modo enunciativo, en el CPACA. Entonces, en cuanto a los requisitos de procedencia específicos, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado - medida cautelar negativa-, se deben tener en cuenta otras exigencias adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda¹⁵ así: **a)** si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud¹⁶; y **b)** si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios¹⁷.

iv) Requisitos de procedencia específicos para las demás medidas cautelares diferentes de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Finalmente, si se pretenden otras medidas cautelares diferentes -medidas cautelares positivas¹⁸- de la de suspensión provisional de los efectos del acto

¹¹ Artículo 229, Ley 1437 de 2011.

¹² Artículo 229, Ley 1437 de 2011.

¹³ Artículo 229, Ley 1437 de 2011.

¹⁴ Artículo 230, Ley 1437 de 2011.

¹⁵ Por esta razón en el acápite de antecedentes de esta providencia se hizo alusión al medio de control ejercido por el demandante y a las pretensiones de la demanda, toda vez que el legislador en la Ley 1437 de 2011 puso estos como elementos determinantes para el tipo de requisitos que el juez debe analizar al momento resolver sobre el decreto de la medida cautelar.

¹⁶ Artículo 231, inciso 1°, Ley 1437 de 2011.

¹⁷ Artículo 231, inciso 2°, Ley 1437 de 2011.

¹⁸ Ley 1437 de 2011, artículo 230, numerales 1, 2, 4 y 5.



administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos adicionales: **a)** que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; **b)** que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; **c)** que el actor haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y **d)** que, de no otorgarse la medida, se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no concederse los efectos de la sentencia serían nugatorios¹⁹.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que lo descrito corresponde a un estudio o análisis preliminar que versa sobre los planteamientos y pruebas que fundamenten la solicitud de la medida; es decir, se trata de una percepción inicial y sumaria que, por regla general, se adopta en una etapa inicial del proceso. Entonces, la decisión sobre la medida comporta un primer acercamiento al debate, en el que se realizan interpretaciones normativas y valoraciones, pero sin que ello afecte o comprometa el contenido de la sentencia que debe poner fin a la cuestión litigiosa. En efecto, el artículo 229 del CPACA dispone que la decisión sobre la medida cautelar «no implica prejuzgamiento».

Con la claridad anterior, en lo relacionado con las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa y su alcance en el CPACA para decretarlas, se procede a estudiar los reparos expuestos, en virtud de los cuales se formuló el problema jurídico a resolverse en esta providencia.

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

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 1985²⁰. Por consiguiente, corresponde al Estado «respetar los derechos y libertades allí reconocidas y garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna»²¹, así como la de interpretar los derechos y deberes contenidos en la Constitución Política de conformidad con ella²².

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

¹⁹ Artículo 231, inciso 3°, numerales 1° a 4°, Ley 1437 de 2011.

²⁰ https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Colombia.

²¹ Artículo 1° de la CADH.

²² Artículo 93 de la Constitución política.



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).

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 establecidas²³.

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.

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

Por lo tanto, es deber de los estados partes no incluir en sus ordenamientos disposiciones discriminatorias y por el contrario, deben implementar mecanismos

²³ Artículo 30 de la CADH.



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.

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 comoquiera 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, según el artículo 29 de la Convención, 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.

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.

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 (suprapárr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido»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 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.

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,

²⁴ Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia del 1° de septiembre de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos.



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»²⁵. (Las subrayas no están en el texto original).

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.

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:

«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

²⁵ Voto concurrente del Juez Diego García Sayán, caso López Mendoza vs. Venezuela.



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»²⁶.

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 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.

2.3.3. Control de convencionalidad

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*-.

²⁶ Caso Gustavo Petro Urrego Vs. Colombia. Sentencia de 8 de julio de 2020. Corte Interamericana de Derechos Humanos.



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 fin²⁷.

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 partes²⁸.

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

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 resolutoria 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.

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

²⁷ 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.

²⁸ Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.



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 jurisprudenciales²⁹.

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

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, 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.

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.

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

²⁹ Ibidem.



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.
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».

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.

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.

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).

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».

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 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).

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 constitucional³⁰ y legal³¹, 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 sancionatorio³².

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,

³⁰ Constitución Política, artículo 277.6.

³¹ Ley 734 de 2002, artículo 3.

³² Ley 734 de 2002, artículo 45.



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

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 viviente³³ 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.

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).

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

³³ 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.



democráticamente electos previstas en general en el ordenamiento jurídico colombiano, y en particular en el Código Disciplinario Único constituyen un 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.

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.

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».

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 2023³⁴ 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. Al respecto preciso lo siguiente:

«(...) la Corte concluye que la asignación de funciones jurisdiccionales a la PGN para el ejercicio de la potestad disciplinaria relacionada con servidores públicos, entre ellos los de elección popular, vulnera el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución. En primer lugar, porque no implicó el traslado de una competencia originariamente asignada a los jueces, sino la variación en la naturaleza de una potestad de la que ya era titular dicho organismo de control. De otro lado, porque, al haber operado una asignación en bloque y omnicomprensiva de las materias que regula el régimen disciplinario, se desconoció el mandato de definición precisa y, con ello, el principio de excepcionalidad que rige el asunto.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023. M.P. José Fernando reyes Cuartas y Juan Carlos Cortés González.



(...)

246. De conformidad con lo expuesto, al prosperar el cargo por violación del artículo 116 de la Constitución, se procederá a declarar inexecutable las expresiones jurisdiccionales y jurisdiccional, contenidas en los artículos 1, 54, 73 y 74 de la Ley 2094 de 2021.

247. Como consecuencia de lo anterior, la PGN conservará, para todos los efectos, la potestad disciplinaria en los términos en que le fue atribuida por mandato constitucional, esto es, como una función originariamente administrativa, según se explicó en acápites previos. En ese orden de ideas, de acuerdo con los artículos 118 y 277.6 de la Constitución Política, a este organismo autónomo e independiente le compete “[e]jercer 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”.

248. Como quiera que el desempeño de esta función es una típica manifestación del derecho sancionatorio estatal, esta Corte procederá a declarar la executable condicionada de los artículos 13, 16 y 17 de la Ley 2094 de 2021, en el entendido de que las funciones disciplinarias que ejerce la PGN son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. Sin embargo, como se explicará en capítulos posteriores, la imposición definitiva de las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores de elección popular corresponderá al juez de lo contencioso administrativo, después de agotarse el procedimiento de naturaleza administrativa a cargo de la PGN.

Con base en lo expuesto, la Corte encuentra que la Sentencia C-146 de 2021 ajustó la jurisprudencia sobre la interpretación constitucional del artículo 23.2 de la CADH, en el sentido de que las “autoridades administrativas” no pueden imponer sanciones que restrinjan temporal o definitivamente los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, en ejercicio de sus funciones. Dichas sanciones solo pueden ser impuestas de manera definitiva por jueces, con independencia de su especialidad.

(...)

273. La Sala insiste en que el artículo 23.2 de la CADH debe ser interpretado de manera armónica y sistemática con la Constitución y con la CADH. Lo anterior significa que la prohibición antes indicada no es absoluta, pues tiene sus límites en otras normas constitucionales que directamente asignan a autoridades administrativas la competencia para retirar del cargo a servidores públicos de elección popular. Por ejemplo, el artículo 304 de la Constitución le atribuye al presidente de la República competencia para destituir a los gobernadores, “en los casos taxativamente señalados por la ley”, y del artículo 314 de la carta, el cual dispone que el presidente de la República y los gobernadores podrán destituir a los alcaldes, también “en los casos taxativamente señalados por la ley”. El artículo 277 de la Constitución, por su parte, atribuye al procurador la función de vigilar la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular, adelantar las investigaciones correspondientes, en imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

274. La Corte constata que el artículo 23.2 de la CADH no prohíbe de manera absoluta que la Constitución o el Legislador nacional definan restricciones y sanciones sin connotación penal, que limiten el ejercicio de funciones públicas. Así, pueden fijar



inhabilidades que operen como requisitos para el acceso a cargos públicos, que tengan o no fundamento en una sanción previa. Lo anterior, en el evento de que la inhabilidad sea el resultado de una sanción y esta haya sido impuesta por un juez, con plena observancia de las garantías del debido proceso.

275. Del mismo modo, sin que esto implique una violación de la CADH, la Constitución le otorga funciones jurisdiccionales al Congreso para acusar, juzgar y destituir al presidente de la República o a quien haga sus veces. Asimismo, nada impide que se atribuya a jueces que no pertenezcan a la especialidad penal -v.gr. tribunales administrativos y Consejo de Estado- la competencia para imponer sanciones contra los servidores públicos de elección popular, que produzcan la remoción del cargo, la pérdida de investidura o la nulidad electoral. Lo anterior, por las causales previstas en la Constitución y cuando estos “incurren en conductas contrarias al buen servicio, al interés general o a la dignidad que ostentan”^[237].

276. En este punto, la Sala precisa que la posibilidad de que jueces que no formen parte de la especialidad penal puedan imponer sanciones de destitución e inhabilidad a los servidores públicos de elección popular busca satisfacer, además, el principio de necesidad en materia penal. Como lo ha sostenido este Tribunal, “en penal este principio se materializa a través de la exigencia de que la sanción punitiva sea la última ratio, es decir, que solamente se acuda a ella cuando los demás instrumentos han demostrado no ser idóneos para proteger un bien jurídico fundamental”^[238]. En este sentido, considerar que todas las conductas contrarias a derecho, cometidas por servidores públicos de elección popular, deben ser castigadas mediante la imposición de sanciones penales, desconoce el citado principio.

277. Desde esta perspectiva, la Sala considera que una aplicación literal del artículo 23.2 de la CADH pasa por alto los diferentes niveles de gravedad de las conductas y el carácter residual del derecho penal. Sería a todas luces desproporcionado obligar al Legislador nacional, bajo el pretexto de acatar dicho artículo, a optar por el derecho penal para proteger bienes jurídicos de inferior jerarquía, cuando existen otras alternativas menos lesivas para la libertad y autonomía personales^[239]. Justamente, los principios de proporcionalidad y razonabilidad exigen aceptar que determinadas conductas que afectan bienes jurídicos de relativa o poca importancia -comparados con la propia libertad-, aunque deben ser sancionadas, por ser nocivas para la sociedad y afectar la función pública, han de estar excluidas del ámbito de aplicación del derecho penal.

278. Así, por ejemplo, en el caso de los congresistas, *prima facie*, no sería proporcional ni razonable sancionar con pena privativa de la libertad su inasistencia, en un mismo periodo de sesiones, a seis reuniones plenarios^[240] o la falta de posesión en el cargo^[241]. Aunque estas faltas atentan contra “el ejercicio transparente, efectivo y probo de la actividad legislativa”^[242], no por ello deben ser criminalizadas. Sin embargo, en razón de los bienes jurídicos que protegen, el Constituyente de 1991 consideró legítimo que tales faltas fueran sancionadas mediante la pérdida de investidura.

279. En suma, la Sala precisa la regla jurisprudencial derivada de una interpretación armónica y dialógica del artículo 23.2. de la CADH en el marco del bloque de constitucionalidad: esta corresponde a que la restricción o limitación temporal del derecho a ser elegido de un servidor de elección popular, en ejercicio de sus funciones, tiene reserva judicial y solo puede ser impuesta de manera definitiva por un juez de la República de cualquier especialidad, con las excepciones constitucionales expuestas



previamente. Esta regla jurisprudencial guiará el análisis constitucional de la medida acusada (...)).».

2.3.5. La jurisprudencia contenciosa sobre la inconventionalidad de la facultad de la PGN para suspender, destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular

Con fundamento en lo previsto en los artículos 277.6³⁵ y 278.1³⁶ de la Constitución Política de 1991, y con base en la doctrina constitucional sobre la materia, el Consejo de Estado había reconocido validez constitucional a la potestad de la PGN para imponer sanciones disciplinarias de suspensión y destitución a servidores públicos de elección popular.

Sin embargo, en reciente sentencia de única instancia del 29 de junio de 2023, proferida en el expediente 2013-00561-00 (1093-2013)³⁷, luego de efectuar un ejercicio de control de convencionalidad, esta Subsección consideró que 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 normativo, que en razón del postulado del derecho viviente, obliga a las autoridades judiciales y administrativas a realizar una interpretación del sistema jurídico interno conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La referida sentencia estudió la legalidad de los actos administrativos disciplinarios proferidos el 16 y el 17 de octubre de 2012, por la Sala Disciplinaria de la PGN para sancionar al exsenador Eduardo Carlos Merlano Morales con destitución e inhabilitación de 10 años, porque el 13 de mayo de 2012, luego de ser detenido por agentes de la Policía de Tránsito en la ciudad de Barranquilla, mientras conducía su automóvil presuntamente en estado de alicoramiento, invocó su condición de congresista para negarse a que le realizaran la prueba de alcoholemia y se opuso a la inmovilización del vehículo. Para la PGN, con la conducta descrita el exsenador incurrió a título de dolo en la falta gravísima establecida en el artículo

³⁵ Según el cual, el procurador general de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá entre otras, la función de 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.

³⁶ Según el cual, el procurador general de la Nación ejercerá directamente, entre otras, la función de 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.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 29 de junio de 2023, expediente 11001-03-25-000-2013-00561-00 (1093-2013) M.P. Juan Enrique Bedoya Escobar.



48.42 de la Ley 734 de 2002³⁸, debido a que constriñó a los uniformados.

La Subsección B de la Sección Segunda, por medio de la comentada sentencia de 29 de junio de 2023, decidió anular la sanción porque: (i) de conformidad con el art. 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - *especialmente la contenida en los precedentes López Mendoza contra Venezuela y, Petro Urrego contra Colombia*-, la Sala interpreta que los derechos políticos sólo pueden ser limitados por autoridades jurisdiccionales *-no necesariamente de naturaleza penal-*, autónomas e independientes, a través de procesos judiciales respetuosos del debido proceso. (ii) En consecuencia, la facultad de la PGN para sancionar a los servidores elegidos democráticamente es inconvencional, porque (a) ello limita el derecho político al sufragio pasivo, es decir, a ser elegido, y (b) la PGN es una autoridad de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. (iii) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en resolución de 25 de noviembre de 2021, al efectuar la «*supervisión de cumplimiento de [la] sentencia*» de 8 de julio de 2020, proferida en el caso Petro Urrego contra Colombia, concluyó que el Estado colombiano sigue incumpliendo la Convención Americana porque la PGN aún conserva la facultad de limitar los derechos políticos de los servidores públicos elegidos democráticamente, vía suspensión o destitución.

En igual sentido se pronunció la Subsección en sentencia de segunda instancia del 27 de julio de 2023, proferida en el expediente 2017-00351-01 (5471- 2019)³⁹, en la que de manera oficiosa aplicó la tesis de la inconvencionalidad de la facultad de la PGN para suspender, destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular, en el caso del ex gobernador del Valle del Cauca Juan Carlos Abadía Campo, quien había sido sancionado en el 2016 con destitución e inhabilitación por 10 años, porque en 2010, siendo gobernador, suscribió de manera directa un contrato de prestación de servicios de salud con la IPS Eduardo Bolaños Ltda, sin adelantar un proceso objetivo de selección. En esta segunda oportunidad, la Subsección dio continuidad a la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia del 29 de junio, expedida en el proceso 2013-00561-00 (1093-2013) y resolvió declarar la nulidad de la sanción disciplinaria impuesta al exgobernador Abadía Campo, al desarrollar argumentos de fondo que sustentaron la tesis del derecho viviente como fundamento para la aplicabilidad de la tesis convencional en el ordenamiento jurídico interno. En el citado precedente se analizó el tema de los derechos políticos y sus restricciones en ejercicio del control disciplinario, desde la perspectiva del ámbito jurídico interno y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.4. Solución del caso concreto. Análisis de la Sala

³⁸ Que alude a influir en otro servidor público prevaleciéndose 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.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de julio de 2023, expediente 76001-23-33-000-2017-00351-01 (1093-2013) M.P. César Palomino Cortés.



El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho al que acudió Edwin Besaile Fayad está dirigido a obtener la anulación de los actos disciplinarios proferidos el 27 de septiembre de 2018 y el 14 de enero de 2019 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal y la Sala Disciplinaria de la PGN, respectivamente, a través de los cuales el demandante, en su calidad de exgobernador de Córdoba fue sancionado con destitución e inhabilidad general por el término de 10 años.

El tribunal en el auto del 7 de octubre de 2021 negó el decreto de la medida, toda vez que, a su juicio, había disparidad de criterios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto de la competencia de la PGN para la limitación de derechos políticos de los funcionarios públicos electos popularmente, razón por la cual no estaban dados los presupuestos para decretar la medida y en consecuencia, determinó que al definir el fondo de asunto sería el momento indicado para establecer el criterio aplicable al caso concreto.

En contra de la decisión, Edwin Besaile Fayad manifestó en el recurso de apelación que la PGN no tenía competencia para suspenderlo del ejercicio de sus derechos políticos y, además, que la sanción afectaba sus derechos políticos adquiridos. Por último, precisó que por tratarse de un funcionario electo popularmente, se le habían restringido sus derechos políticos por una entidad que carecía de competencia para tal fin.

Ciertamente, se encuentra que la sanción de destitución e inhabilidad general impuesta al actor corresponde a la prevista en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 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, lo que derivó en una clara restricción de derechos políticos, concretamente, el contenido en el artículo 23.1.b de la Convención Interamericana de Derechos humanos, según el cual todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades «(...) 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».

En tal sentido, esta Sección señaló que las decisiones por las cuales se impone sanción de destitución del cargo a servidores elegidos popularmente «viol[an] las garantías judiciales del disciplinado y el principio de jurisdiccionalidad, consagrados en los artículos 8 y 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, procede la nulidad por el principio de igualdad y protección judicial»⁴⁰.

Así las cosas, la Sala dará la razón al apelante porque acorde con el control de convencionalidad entre el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 con el artículo 23.2

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 11 de octubre de 2023, radicado 15001-23-33-000-2014-00564-01 (5828-2018), M.P. César Palomino Cortés.



de la Convención Interamericana de Derechos humanos, los precedentes de la Corte Constitucional y de esta Subsección, según los cuales la PGN no es una autoridad judicial sino administrativa⁴¹, que si bien *-de acuerdo con la Constitución Política de 1991-* es un órgano de control autónomo e independiente de las demás ramas del poder público⁴², no por ello deja de ser de estirpe administrativa, por lo que *-desde el punto de vista convencional-* carece de competencia para establecer e imponer la referida inhabilidad, en la medida que limita el derecho político de ser elegido democráticamente.

En efecto, la Sala encuentra suficiente motivación para suspender provisionalmente los efectos de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia, del 27 de septiembre de 2018 y del 14 de enero de 2019, respectivamente, a través de los cuales la PGN dispuso sancionar al actor con destitución e inhabilidad general por el término de 10 años, puesto que se evidencia un perjuicio irremediable en la medida en que la limitación de sus derechos políticos 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.

3. Conclusión

Existe suficiente motivación para suspender provisionalmente los efectos de los fallos disciplinarios acusados, puesto que la limitación de sus derechos políticos del actor fue impuesta en un proceso administrativo sancionatorio llevado a cabo en todas sus etapas por una autoridad administrativa que *-desde el punto de vista convencional-* carece de competencia para establecer e imponer la referida inhabilidad, en la medida que limita el derecho político de ser elegido democráticamente.

En mérito de lo expuesto, la Subsección

RESUELVE:

Primero: Revocar el auto del 7 de octubre de 2021 proferido por el Tribunal Administrativo Córdoba; en su lugar se dispone: suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos disciplinarios demandados, mediante los cuales la PGN sancionó a Edwin Besaile Fayad con destitución del cargo de gobernador del departamento de Córdoba, para el período 2016-2019, e inhabilidad general por el término de 10 años.

Segundo: Notificar la presente providencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 205 del CPACA.

⁴¹ Al no estar incluida dentro de las autoridades y corporaciones que integran la rama judicial del poder público, según los artículos 243 al 257 de la Constitución Política.

⁴² Al respecto, véanse los artículos 117, 118 y 275 a 278 de la Constitución Política.



Radicado: 23001-23-33-000-2019-00264-01 (2504-2022)
Demandante: Edwin Besaile Fayad

Tercero: En firme esta decisión, devolver al tribunal de origen, previamente las anotaciones de rigor en el sistema de información Samai.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

JORGE EDISON PORTOCARRERO BANGUERA
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente 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.

DMGT