

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
A LA SENTENCIA SU-712/13**

Con el respeto acostumbrado por las sentencias de la Corte, manifiesto las razones que me llevaron a apartarme de la decisión proferida por la mayoría de la Sala Plena en la sentencia SU-712 de 2013., por la cual se confirmó la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil, en el sentido de denegar el amparo solicitado por la ex Senadora Piedad Esneda Córdoba Ruiz contra la decisión de destitución e inhabilidad general para el ejercicio de cargos públicos por 18 años, emitida por el Procurador General de la Nación.

Para explicar los motivos y el alcance de mi disenso, partiré por (i) tomar de la motivación de la sentencia SU-712 de 2013 un conjunto de objeciones hipotéticas que la mayoría previó en contra de la decisión adoptada, y a las que intentó dar respuesta, sin mayor fortuna. Posteriormente, (ii) mencionaré los fundamentos centrales de la decisión, también basándome en la síntesis que se presenta de estos en la sentencia; y, finalmente, (iii) explicaré con alguna amplitud las razones por las que propuse un cambio de precedente, con razones transparentes y suficientes, en relación con la supuesta facultad del Procurador General la Nación para imponer sanciones disciplinarias (incluso de suspensión y destitución a funcionarios de elección popular).

1. Las objeciones hipotéticas que la mayoría encontró a la decisión adoptada en la sentencia SU-712/13¹.

(i) Si la Constitución prevé que el juzgamiento penal de los congresistas se reserva a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, y el proceso de pérdida de investidura al Consejo de Estado, órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria (en lo penal) y contencioso administrativa, respectivamente, colegiados y compuestos por jueces de condiciones jurídicas especialmente calificadas, no es razonable ni proporcionado que una autoridad administrativa y, concretamente, un funcionario individual elegido por las mayorías políticas del Senado tenga el poder para despojar del cargo a parlamentarios elegidos democráticamente, y quienes construyen el foro de discusión política por excelencia [objeción al procedimiento disciplinario-administrativo aplicado a congresistas].

(ii) Las restricciones al ejercicio de los derechos políticos de los parlamentarios, miembros de elección directa que representan al pueblo, no

¹ En la sentencia SU-712/13, la mayoría explica las razones por las que considera que el Procurador General de la Nación tiene competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a los congresistas. Al terminar su exposición, plantea cuatro eventuales contra argumentos a esa posición, y presenta las respuestas constitucionales que considera adecuadas a cada uno de ellos. Invertiendo el orden de la exposición, decidí comenzar por mostrar esos cuatro contra argumentos, pues se trata de objeciones muy serias, que debieron llevar a una modificación de la posición inicialmente asumida por la Sala. Esos argumentos agrupan buena parte de los motivos de mi inconformidad con la decisión, por razones que serán explicadas en acápite posteriores de este voto disidente.

son adoptadas por una autoridad judicial sino administrativa, lo que resulta sensible en una democracia y podría entrar en tensión con pronunciamientos de instancias internacionales, como la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza contra Venezuela (Sentencia de 1º de septiembre de 2011) [objeción de reserva judicial para la imposición de sanciones de destitución e inhabilitación a autoridades de elección popular].

(iii) El Procurador General de la Nación carece de legitimidad para sancionar a sus nominadores. [Aunque el proyecto utiliza el concepto *legitimidad*, considero que en realidad la preocupación descrita supone una *objeción de carencia de imparcialidad*].

(iv) El juzgamiento disciplinario de congresistas por la Procuraduría General de la Nación compromete la autonomía, libertad e independencia de los congresistas y, en especial, el ejercicio de la oposición y el respeto por las minorías políticas [objeción por violación a la autonomía e independencia de los congresistas].

Si la Corte Constitucional previó objeciones tan graves a su decisión, resulta plausible suponer que encontró respuestas igualmente contundentes a cada una de ellas, para mantener la orientación del fallo. A esas respuestas (y su insuficiencia) se dedica la exposición en los próximos párrafos.

(i) A la *objeción al procedimiento disciplinario-administrativo aplicado a congresistas* responde la sentencia SU-712 de 2013 que de la existencia del fuero penal y la competencia del Consejo de Estado para adelantar el proceso de pérdida de investidura **no se sigue** que el control disciplinario también deba estar en cabeza judicial. Esa respuesta no repara en que la razón por la que se exige la reserva judicial es la intensidad con que esas decisiones afectan los derechos políticos. Concretamente, si el procedimiento disciplinario puede terminar en destitución, sanción e inhabilitación por un extenso periodo, la manera en que intervienen los derechos del funcionario y sus electores es asimilable a la que se produce por la pérdida de investidura.

(ii) A la *objeción de reserva judicial para la destitución e inhabilitación de autoridades de elección popular*, se responde que la decisión sancionatoria debe respetar el debido proceso administrativo y que es susceptible de control judicial ante el Consejo de Estado. El primer razonamiento es superfluo, pues aunque en toda actuación administrativa se debe respetar el debido proceso, por expreso mandato constitucional, ello no iguala las garantías judiciales a las administrativas, mientras que el segundo, atinente al control judicial, es insuficiente porque remite a un proceso judicial extenso, durante el cual el

elegido no ocupará su cargo, desconociéndose la voluntad popular expresada a través del voto.²

(iii) Frente a la *objeción de ausencia de legitimidad e imparcialidad*, se afirma en la sentencia que los mecanismos de control “*horizontal*” suponen interferencias similares a la que se presenta entre el Procurador General de la Nación (investido de potestad disciplinaria) y los senadores (sus nominadores): la Corte Constitucional ejerce el control de constitucionalidad de las leyes que emanan del Congreso, órgano que a su vez elige a los magistrados de la Corte. La argumentación por analogía solo posee fuerza cuando los elementos en comparación son, en efecto, similares. Pero no existe ninguna característica que permita, razonablemente, hallar tales semejanzas entre los elementos que se pretenden asimilar en este argumento: los funcionarios públicos no son equiparables a las normas legales; ni el control abstracto de constitucionalidad a la potestad disciplinaria. Por lo tanto, este argumento constituye una evidente falacia.

(iv) Y contrapuso la mayoría a la *objeción de autonomía e independencia* el argumento según el cual para “*controlar eventuales excesos*” existen recursos en el procedimiento administrativo y control judicial posterior. Como puede verse, es la misma respuesta que se presenta a la segunda objeción, así que me remito al comentario efectuado en esa oportunidad. Pero vale mencionar que, al citar esa objeción, la sentencia insinúa apenas un problema adicional de la decisión: la afectación a los derechos de las minorías políticas, aspecto que, estimo, nunca había abordado la Corte Constitucional y que resulta en esta oportunidad de especial relevancia, pues permite conocer con mayor precisión las tensiones constitucionales que supone el ejercicio de este particular poder disciplinario.

Conclusión: cuando un juez profiere una sentencia conociendo que existen objeciones insuperables -como lo demuestran las erráticas respuestas que se presentaron en la sentencia SU-712/13 a las objeciones que propuso la mayoría- adopta un fallo injusto (es decir, alejado de los principios materiales de la Constitución Política), lo que constituye grave deficiencia en el ejercicio de la administración de justicia, desde el punto de vista de la racionalidad práctica de la argumentación. Así ocurrió en esta oportunidad³.

Con ello, no pretendo acusar a la mayoría de adoptar una decisión incorrecta de manera deliberada. La sentencia, por supuesto, no solo se fundamenta en cuatro objeciones no resueltas, sino en un conjunto de argumentos que, en

² Al presentar esta objeción, se indica en la sentencia que existe un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según el cual la destitución de un funcionario de elección popular por un órgano de control y de naturaleza administrativa (tal como la Procuraduría General de la Nación) constituye una grave afectación al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este hecho será retomado en el tercer elemento de la exposición

³ Adoptar una sentencia, en tales condiciones, recuerda la situación en que se hallaría un país o una nación que decida adoptar una Constitución Política, a pesar de considerarla injusta, ejemplo asociado al concepto de *pretensión de corrección del derecho* en la obra de Robert Alexy sobre la Teoría de la argumentación jurídica.

concepto mayoritario, demuestran la existencia del poder disciplinario del Procurador General de la Nación frente a funcionarios de elección popular. A continuación, menciono esos fundamentos, así como las razones por las que, en mi criterio, la Sala debía asumir un cambio de jurisprudencia y descartar la interpretación que venía realizando del numeral 6° del artículo 277 Superior.

2. Argumentos centrales, o ratio decidendi de la sentencia SU-712 de 2013.

La sentencia SU-712/13 (objeto de este salvamento) se edifica sobre cinco pilares, de acuerdo con la síntesis incorporada en los fundamentos de la decisión: (i) el numeral 6° del artículo 277 de la Constitución expresamente incorpora entre las facultades de la Procuraduría General de la Nación, ejercer el poder disciplinario de los funcionarios públicos, incluso los de elección popular; (ii) La Corte Constitucional ha defendido esa interpretación en tres precedentes. Las sentencias C-025/93, C-280/96 y T-544/04; (iii) “la delimitación del fuero constitucional disciplinario”; (iv) la revisión histórica y teleológica del proceso constituyente del año 1991; y (v) en general una interpretación sistemática de la Carta Política.

Una revisión del conjunto de consideraciones jurídicas del fallo demuestra que, en realidad, los dos primeros elementos constituyen el núcleo de la decisión. Es decir, la interpretación pretendidamente literal del numeral 6° del artículo 277 de la Carta, y la existencia de precedentes en los que se aceptó que el Procurador General de la Nación puede sancionar disciplinariamente a funcionarios de elección popular. La delimitación del fuero constitucional disciplinario, así como la revisión histórica serían argumentos de apoyo a esos fundamentos centrales, en tanto que la interpretación sistemática de la Carta se concreta en referencias a los artículos que prevén los límites dentro de los que deben actuar los funcionarios públicos (artículos 6° y 121 de la Constitución principalmente), así como a la importancia de que todo funcionario (de elección popular o no) sea sujeto de control disciplinario. Por ello, haré referencia a ese conjunto de normas como *principio de responsabilidad* de los funcionarios públicos.

2.1. De la interpretación del artículo 277, numeral 6° de la Constitución.

Según se afirma en la sentencia SU-712/13, esa disposición confiere al Procurador General de la Nación la competencia para ejercer el control disciplinario de los funcionarios públicos, incluso los de elección popular. En ese sentido, el primer y poderoso fundamento de la sentencia sería la existencia de un mandato, evidente desde una interpretación literal, según el cual la norma de competencia citada fue establecida por el Constituyente. Para evaluar esa interpretación, resulta conveniente transcribir el numeral mencionado:

Artículo 277 [Funciones del Procurador General de la Nación (...)] numeral 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”.

En concepto de la mayoría, esas palabras demuestran con claridad la existencia de la competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a los congresistas. Sin embargo, una lectura detenida del texto lleva a percibir que no se trata de un enunciado normativo simple, sino de un conjunto de proposiciones a las que corresponden, al menos, dos contenidos normativos diferentes⁴. El primero, hace referencia a la potestad de *vigilar* la conducta de los funcionarios públicos, incluidos los de elección popular. El segundo, al poder disciplinario preferente, con las investigaciones y sanciones correspondientes.

El Constituyente previó explícitamente que la función de vigilancia comprende a los funcionarios de elección popular, pero no efectuó la misma aclaración en relación con el poder disciplinario preferente. Por ello, la literalidad del texto no lleva a una conclusión evidente sobre su alcance, como lo asumió la mayoría.

En efecto, frente a la supuestamente obvia interpretación literal, cabría preguntarse por qué el constituyente decidió dividir en diversos enunciados esa disposición, y esa pregunta se debería responder a partir de dos herramientas centrales de la interpretación jurídica. El propósito perseguido por el constituyente y el efecto útil de los textos jurídicos. El primer criterio llevaría a sostener que si el Constituyente solo utilizó la expresión *vigilar* frente a funcionarios públicos es porque así lo consideró pertinente. El segundo, nos obliga a preferir la interpretación que le confiera eficacia a las palabras y a las construcciones gramaticales empleadas por el autor del texto normativo.

La interpretación literal y obvia, una vez confrontada con una lectura pausada de la disposición constitucional se torna controversial y compleja. Y ello obliga al intérprete a acudir a otros criterios de interpretación, como el proyecto lo propuso, principalmente, al incorporar el conjunto de artículos que configurarían el *principio de responsabilidad*, y darían lugar a una interpretación sistemática de la Carta, que avala la existencia de ese poder disciplinario. (Especialmente, se hace referencia en la sentencia SU-712/13 a los artículos 6º, 122, 123 de la Constitución, principalmente).

⁴ Digo “al menos” porque en realidad pueden concebirse tres contenidos normativos. Uno, referente a la *supervigilancia*; otro, al poder disciplinario preferente; y uno más relativo a las investigaciones y sanciones disciplinarias, en general. Para este trámite, haré énfasis en la diferencia entre *supervigilancia* y *control disciplinario*, dejando de lado lo atinente al ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación.

Con ello se propone que en un Estado de derecho, el ejercicio del poder público debe estar sujeto a controles. Aunque estimo esa premisa es incontrovertible, de ella no se sigue que cualquier tipo de control sea válido en un estado constitucional, donde el principio de legalidad debe estar ligado al respeto por los derechos y principios fundamentales del orden jurídico, interpretados dentro de parámetros de proporcionalidad y razonabilidad. Y en este contexto, una interpretación sistemática debería incorporar el principio democrático, en relación con el respeto por el voto popular, el derecho a elegir y ser elegido y los principios de imparcialidad e independencia exigidos a quienes ejercen funciones disciplinarias.

También una interpretación sistemática de diversas instituciones jurídicas asociadas permite concluir que la diferencia entre *vigilancia* y *poder disciplinario* en torno a la cual podría entenderse el numeral 6° del artículo 277 de la Constitución no es extraña en nuestro orden jurídico:

2.1.1. La sentencia C-280/96 (invocada como precedente en la decisión SU-712/13) establece que en los procesos de pérdida de investidura la Procuraduría General de la Nación puede ejercer *vigilancia* sobre las actuaciones de los Congresistas, pero solo puede presentar conceptos o denuncias ante el Consejo de Estado, quien es el juez natural de este proceso.

2.1.2. En otro ámbito, el Consejo Nacional Electoral –órgano que posee facultades sancionatorias- ostenta la función de *vigilancia superior del sector público* en el que se desempeña, pero la Corte ha sentenciado que ello **no** lo faculta para imponer sanciones a la Registraduría, que está bajo su vigilancia. En la organización electoral, ello obedece a que la Registraduría es un ente autónomo y no su inferior jerárquico (C-230A/08).

2.1.3. De igual manera, en el ámbito de intervención del Estado en la actividad de los particulares, la Corte ha sostenido que las funciones de vigilancia, control e inspección son diferenciables entre sí; y ha precisado que la de *vigilancia* no equivale a la *sancionatoria*, la cual asocia al nivel de *control*. (C-758/02; C-028/06, entre otras).

En síntesis, si se observa la redacción del numeral 6° del artículo 277 C.P, es claro que la Constitución diferencia entre la vigilancia y el control disciplinario. Aceptar la competencia del Procurador General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias a los congresistas confunde esos planos y suprime el efecto útil de la redacción utilizada por el Constituyente. Los distintos enunciados normativos deben preservar su autonomía en lo que respecta la competencia del Procurador, además de las razones expuestas, porque una facultad sancionatoria debe comprenderse de forma taxativa. Así las cosas, no resulta acertado afirmar que la Constitución establece de forma expresa y unívoca en el artículo 277-6, que la función de vigilancia superior que ejerce la Procuraduría sobre la conducta oficial de quienes desempeñan

funciones públicas implica necesariamente el ejercicio preferente del poder disciplinario⁵.

2.1.4. La exclusión de los funcionarios de elección popular del poder disciplinario de la Procuraduría, de acuerdo con la interpretación que se propone en este voto sobre el artículo 277 de la Carta, se explica por la profunda protección que la Carta otorga al voto popular, y que se refleja en los mecanismos calificados de control judicial, en materias penal y de pérdida de investidura, la ausencia de responsabilidad por sus votos y opiniones y el conjunto de garantías institucionales que cobijan al Parlamento, entre otras medidas destinadas a preservar la actividad parlamentaria.

No debe olvidarse que la Constitución de 1991 es producto de la convergencia de un amplio conjunto de sectores sociales y políticos en la Asamblea Nacional Constituyente (indígenas, afrodescendientes, partidos y movimientos sociales de diversa orientación ideológica), y surge en la coyuntura de un proceso de paz, lo que explica su vocación participativa, pluralista, y garante de los derechos de las minorías. Abrir el sistema político a esa diversidad y perseguir la inclusión de grupos tradicionalmente excluidos de la participación política son los propósitos que explican la especial protección que la Carta confiere a las minorías.

Por otra parte, es necesario entender el artículo 277 bajo la luz de la parte dogmática de la Constitución. Y en ese marco, un entendimiento del mismo que impacte desproporcionadamente la esencia del sistema político pluralista y participativo previsto por el Constituyente de 1991, debe rechazarse.

3. Sobre el precedente sentado en las sentencias C-280/96 y T-544/04. Cuatro razones justifican plenamente su abandono. Una razón adicional, lo hace imperativo⁶.

3.1. El título de este acápite remite a un tema complejo del derecho constitucional, como lo es el respeto, modificación o distinción de un precedente judicial. En términos generales, como el derecho y los conceptos jurídicos son objetos susceptibles de interpretación, también los precedentes poseen estas características y las técnicas que los jueces emplean para efectuar esa tarea hermenéutica son controversiales en la teoría y la jurisprudencia.

⁵ El efecto útil de la expresión *incluso los de elección popular*, atada expresamente a la función de supervigilancia es un elemento clave en la interpretación armónica de esta disposición con otras normas constitucionales, pues demuestra que el Constituyente previó que podrían surgir dudas acerca del alcance de las funciones que la Procuraduría General adelanta sobre funcionarios de elección popular y estimó imprescindible aclarar que frente a estos solo ejercerá funciones de supervigilancia. Sin duda, el Constituyente primario era consciente de las dificultades que el poder sancionatorio administrativo del órgano de control podría acarrear en caso de ser aplicado a los funcionarios de elección popular.

⁶ Con fines de hacer más sencilla la exposición y considerando que el respeto por el precedente es un tema ampliamente desarrollado en la jurisprudencia constitucional (pacífico). Remito entonces a las sentencias C-634 y C-539 del 2011; T-292 de 2006, C-836 de 2001, SU-047/97 y T-123 de 1995, para una reconstrucción de la doctrina constitucional sobre el precedente.

La Corte Constitucional colombiana ha construido una fuerte doctrina de seguimiento al precedente judicial, *prima facie*, sobre dos pilares esenciales: el principio de igualdad de trato ante los órganos judiciales, y la racionalidad argumentativa como presupuesto del debido proceso. En otros términos, viola la igualdad y constituye una actuación irracional de un juez dar un tratamiento diferente a personas o situaciones idénticas (desde un punto de vista jurídicamente relevante). Además, ha señalado este Tribunal (siguiendo en ello a la doctrina más autorizada)⁷ que el respeto por el precedente favorece la seguridad jurídica, la unidad en la interpretación de la jurisprudencia y la confianza de los ciudadanos en los jueces.

Pero también ha explicado la Corte que el *respeto absoluto* por los precedentes puede petrificar la interpretación del derecho o hacer de la administración de justicia un órgano resistente a los cambios sociales y normativos. Ha puntualizado que así como es irrazonable dar un trato distinto a iguales, también lo es tratar de manera idéntica situaciones que, si bien en principio resultan similares, una vez se observan con mayor detenimiento presentan diferencias que deben ser atendidas por el juez. Y ha señalado que puede resultar injusto seguir un precedente cuando, por el paso del tiempo, los cambios sociales y las transformaciones del derecho positivo, su respeto resulta incompatible con cambios normativos relevantes, con el sistema axiológico que subyace a los principios constitucionales, o con el estado de cosas de la sociedad, de tal manera que resulta necesario modificar o incluso recoger las orientaciones previas de la jurisprudencia.

La teoría del derecho enseña también que el precedente supone un choque entre la constante necesidad de buscar las soluciones jurídicas que muestren mayor cohesión con el conjunto de principios del sistema, y la obligación jurídica y racional de ser consecuente y no contradecir las decisiones del pasado, y diversos autores han explicado que aunque el precedente se encuentra en fallos previos, cada decisión implica la construcción de un precedente a futuro, así que el juez sólo debería suscribir una sentencia si está dispuesto a aplicar la regla de derecho que ella contiene a situaciones análogas en el futuro.

3.2. Teniendo en mente todos estos aspectos, sostuve durante la discusión del proyecto que dio origen a la sentencia SU-712/13, en Sala Plena, que le correspondía a la Corte asumir un cambio de precedente en relación con la interpretación del artículo 277 (numeral 6º) de la Constitución y con la misma idea presento los motivos de mi inconformidad con el uso que hizo el Tribunal de los precedentes relevantes en la sentencia SU-712/13

⁷ La Corte ha basado su construcción doctrinaria sobre el respeto del precedente en diversas fuentes, incluida la doctrina anglosajona (SU-047/99) y diversos autores de la argumentación jurídica como Robert Alexy, Neil Maccormick y Aleksander Peczenik. Un amplio recuento de esas fuentes se encuentra en la sentencia C-836/01.

3.2.1. Una razón central de la decisión que admitió la competencia del Procurador General de la Nación para sancionar a la Senadora Piedad Córdoba con destitución e inhabilidad del cargo por 18 años, pese a que se hallaba ejerciendo un cargo de elección popular, fue la existencia de precedentes que previamente aceptaron esa interpretación del artículo 277 de la Constitución Política.

Esos precedentes se encontrarían en las sentencias C-280/96 y T-544/04⁸. En la primera, al analizar la constitucionalidad de una norma del Código Disciplinario Único de ese entonces (Ley 200/95), la Sala Plena de la Corte, en breves líneas, conceptuó que resultaba *razonable* otorgar al Procurador General de la Nación la facultad de investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios de elección popular. Así se expresó la Corte en esa oportunidad:

“Según uno de los demandantes, varias expresiones del ordinal 2º del artículo 66 del CDU, que regula ciertas competencias disciplinarias especiales del Procurador, son inexecutable por cuanto se vulnera la naturaleza restrictiva de los fueros constitucionales. Sin embargo, la Corte no comparte este criterio, por cuanto el fuero establecido por este artículo se adecua a la Carta ya que, teniendo en cuenta la calidad de los congresistas como altos dignatarios del Estado, es razonable que sean investigados disciplinariamente por la suprema autoridad disciplinaria, esto es, por el Procurador General, en única instancia. Y, dentro de su ámbito de configuración normativa, bien puede la ley definir razonablemente los alcances de esa competencia especial del Procurador, señalando que mientras son congresistas, el fuero cobija también las infracciones cometidas con anterioridad al ejercicio de sus funciones y se prolonga después del cese de la función pública cuando la falta se ha cometido en ejercicio de ésta”. (C-280/96, reiterada por la T-544/04).

Sin embargo, lo que debía determinar la Corte en esa oportunidad era si resultaba constitucional el ámbito temporal de aplicación de la norma (comprendía conductas cometidas con anterioridad al ejercicio del cargo, y se extendía más allá del período del Congresista). En consecuencia, la Corte Constitucional, si bien hizo un breve comentario que permitiría inferir la competencia del Procurador General de la Nación para disciplinar a los congresistas, no lo hizo como fundamento para la decisión de un cargo (a manera de *ratio decidendi*), sino como un comentario de contexto (*óbiter dicta*).

⁸ Solo dos de los tres fallos citados hicieron referencia a la interpretación y aplicación del artículo 277, numeral 6º, de la Constitución. Las sentencias C-280/96 y T-544/04. La tercera referencia usada en la decisión mayoritaria (C-025/93) se ocupó de otros problemas jurídicos, por lo que no resultaba pertinente darle el alcance de precedente.

Acto seguido, y al resolver otro cargo de inconstitucionalidad, la Corte precisó que el inciso 2º del artículo 66 de la Ley 200/96, al conferir a la Procuraduría General la competencia para adelantar la etapa investigativa en procesos de pérdida de investidura resultaba inconstitucional, precisamente porque tanto la naturaleza de ese procedimiento como sus consecuencias jurídicas exigen que se adelante bajo las garantías calificadas de los procesos judiciales. Es decir, defendió la Sala Plena la reserva judicial absoluta en todas las etapas de los procesos de pérdida de investidura. De igual manera, en la sentencia C-319 de 1994, la Corte declaró inexecutable una norma que confería esa competencia a la Sala Plena del Consejo de Estado, considerando que no podía adscribirse una función de naturaleza jurisdiccional a la Sala de Consulta del Consejo de Estado.

3.2.2. En la sentencia T-544/04 la Corte consideró que la Procuraduría sí tenía la facultad para investigar y sancionar congresistas. En esa oportunidad, la Sala Cuarta de Revisión conoció de una acción de tutela interpuesta por Bernardo Hoyos Montoya, con el propósito de obtener el amparo transitorio a su derecho fundamental al debido proceso, que consideraba desconocido por la Procuraduría General de la Nación.

Los hechos del caso se remontan al año 2001 cuando el órgano de control impuso sanción de destitución del cargo de Alcalde de Barranquilla a señor Bernardo Hoyos Mendoza, y de inhabilidad para ejercer funciones públicas por cinco años. El sancionado interpuso recurso de apelación ante la misma entidad y, mientras este se resolvía decidió presentarse como candidato al Senado de la República para el período 2002-2006. El Director del Ministerio Público le formuló pliego de cargos por presentarse a las elecciones para Senado de la República, hallándose inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos y suspendió provisionalmente su investidura. Al acudir al Juez de tutela, uno de los argumentos expuestos por el afectado hacía referencia a la falta de competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a los miembros del Senado de la República.

En ese orden de ideas, en la sentencia T-544 de 2004, la Sala Cuarta sí analizó un problema jurídico en el que se discutía la competencia del Procurador General de la Nación para imponer la sanción disciplinaria de destitución a un funcionario de elección popular. En esa decisión, la Sala reiteró el párrafo recién citado de la sentencia C-280/96, a la vez que asumió la interpretación que hoy defiende la Sala Plena en la sentencia SU-712/13. Afirmó que los distintos enunciados normativos del numeral 6º del artículo 277 debían interpretarse como uno solo y que, por lo tanto, el Procurador General podría, a la vez, ejercer la vigilancia y el control disciplinario sobre esta clase de funcionarios.

3.3. El alcance de los precedentes citados.

Es pacífico para la jurisprudencia constitucional que el alcance y fuerza de los precedentes se define siempre en relación con los hechos y el problema jurídico del caso previamente decidido. Su obligatoriedad depende de que exista una clara analogía entre estos y los que debe asumir el funcionario en una nueva oportunidad, precisamente por la relación entre el respeto por el precedente y el principio de igualdad.

Pues bien, la sentencia C-280/96 no se pronunció sobre la constitucionalidad de la potestad que, a manera de *competencia especial*, el Código Disciplinario Único habría atribuido al Procurador General para adelantar investigaciones y sancionar disciplinariamente a los congresistas. Por lo tanto, el valor del párrafo previamente citado y recordado en la sentencia C-280/96 como precedente, es el de un dicho al pasar (*óbiter dicta*)⁹, o el de una consideración de contexto. Sin restarle importancia a esas reflexiones, nunca la Corte ha considerado que en ellas se encuentre el valor y la fuerza vinculante de los precedentes.

Pero además, dada la declaratoria de inexecutable del segundo inciso de esa disposición (es decir, del artículo 66 de la Ley 200/95) puede concluirse que si bien la jurisprudencia no había controvertido (ni analizado) el poder disciplinario del Procurador General sobre funcionarios de elección popular, ya consideraba riesgosa para la democracia la intervención de una autoridad administrativa en la etapa de investigación de un proceso de pérdida de la investidura.

En el fallo T-544/04 la Corte sí asumió la interpretación que la Sala reitera en la sentencia SU-712/13. Sin embargo, como fallo de tutela, adoptado por una sala de revisión, no constituye una posición inmodificable por la Sala Plena¹⁰. Respetando siempre las cargas de transparencia y suficiencia, este Tribunal debía apartarse de esa doctrina, bajo la exposición de razones constitucionales de mayor fuerza a las expuestas por la Sala Cuarta en aquella oportunidad. Esas razones existen, como paso a explicar:

3.3.1 De la diferencia parcial del caso concreto con los precedentes planteados.

⁹ Desde la sentencia SU-047/99, la Corte Constitucional ha explicado que la motivación de una sentencia comprende distintos tipos de fundamentos que, a su vez, proyectan efectos diversos para los jueces posteriores. Aquellos fundamentos imprescindibles para comprender el sentido de la decisión; o bien, aquellos que conectan directamente los hechos del caso con la solución propuesta por el funcionario judicial, constituyen la *ratio decidendi* o razón de la decisión y, por lo tanto, tienen fuerza de precedentes, vinculantes para los jueces posteriores. Otros argumentos se dirigen a aclarar puntos accesorios del fallo, a establecer un contexto jurídico (eventualmente histórico, social, político) de la decisión, o simplemente a unir los distintos apartes del fallo, pero no son imprescindibles para la comprensión de la parte resolutoria de la sentencia. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia anglosajona los denomina *óbiter dicta* o dichos al pasar. La ausencia de una relación de necesidad lógica entre estos y la decisión finalmente asumida por el juez no les resta interés doctrinario, pero de ninguna manera posee la fuerza vinculante del precedente judicial.

¹⁰ Remito, sobre este punto, a lo expresado por la Sala Plena en sentencia SU-353 de 2013.

El caso concreto presenta un hecho que lo diferencia de los anteriores, derivado de la identidad de la funcionaria sancionada. Por regla general, la jurisprudencia rechaza que los nombres propios sean concebidos como *hechos materiales*. En efecto, si se exige a la justicia aplicar a todas las personas las mismas consecuencias por sus actos, esa condición exige que cierre sus ojos a los nombres propios.

Pero en este caso, la identidad de la Congresista destituida e inhabilitada es un hecho político de plena relevancia para la comprensión del diseño institucional incorporado a la Constitución. Piedad Córdoba Ruiz representaba a la oposición y hacía parte de la minoría política dentro del Senado de la República¹¹. Sobre la importancia de la protección de las minorías políticas en una democracia, remito a lo expresado en la página 2.1.4 al discutir la interpretación del artículo 277, numeral 6° de la Constitución.

Y es por ello que en las objeciones hipotéticas del proyecto, se reparó por primera vez en la jurisprudencia constitucional sobre los potenciales efectos negativos que podría tener en la autonomía e independencia de las minorías del Congreso la potestad disciplinaria del Procurador General de la Nación. También las circunstancias del caso concreto demuestran cómo la respuesta dada a la objeción no fue satisfactoria, pues los intereses políticos de esas minorías fueron efectivamente lesionados, con base en la discutible interpretación del numeral 6° del artículo 277, previamente explicada.

Pero si las minorías políticas se ven afectadas por el esquema institucional que propone la decisión de la que me aparto, la relación entre el funcionario y las mayorías políticas genera otros inconvenientes en un procedimiento administrativo sancionatorio.

3.3.2. *Autonomía, independencia e imparcialidad del ‘juzgador’¹².*

Los pilares esenciales de la función jurisdiccional en un estado democrático de derecho son la independencia, la autonomía y la imparcialidad. Esos tres principios operan como garantía insustituible para todo aquel que deba enfrentarse o discutir un asunto ante la administración de justicia, y vienen a completar el complejo de garantías comprendido bajo el concepto de *debido proceso*. Ello explica que los procedimientos que pueden ocasionar

¹¹ En el caso objeto de estudio podría pensarse que, como senadora avalada por uno de los partidos políticos tradicionales (el Partido Liberal), Piedad Córdoba Ruiz no podría identificarse propiamente como la minoría política. En la coyuntura política existente al momento de su investigación y sanción hacía parte de la minoría de Senadores que hacían parte de la oposición política.

¹² Como funcionario administrativo, no puede considerarse que el Procurador es un “juez”. Pero, por el resultado de sus decisiones, conocidas como *fallos disciplinarios*, se utiliza la expresión “juzgador”, entre comillas. Conuerdo con las palabras que en decisiones recientes ha presentado la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el asunto: “(...) el uso corriente de la expresión ‘juez disciplinario’ por la Corte constitucional para hacer referencia a la Procuraduría no puede interpretarse bajo ninguna perspectiva en el sentido de que la Procuraduría sea una autoridad jurisdiccional, ni de que sus dictámenes disciplinarios tengan la naturaleza jurídica de las sentencias que hagan tránsito a cosa juzgada; tampoco el uso de las palabras “fallos” o “instancias”, en el que se suele incurrir”. Radicado 0390-2011. Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero Ponente, Gustavo Gómez Aranguren.

interferencias particularmente graves en los derechos ciudadanos se atribuyan a autoridades judiciales.

El procedimiento disciplinario administrativo está cubierto por algunas de las garantías del debido proceso, las cuales podrían considerarse adecuadas para que quienes desempeñan funciones públicas ejerzan sus derechos a la defensa y contradicción, y sean sancionadas con base en reglas previamente definidas. Sin embargo, en el caso de los funcionarios electos por voto popular, la afectación es mucho más intensa, razón por la cual (según se explicará más adelante), el derecho internacional exige que sean adoptadas bajo reserva judicial.

Más allá de ello, en el procedimiento disciplinario que actualmente defiende la mayoría, mediante una discutible interpretación del numeral 6° del artículo 277 de la Carta, se permite que un funcionario administrativo investigue y juzgue a sus nominadores. Y que les imponga sanciones que pueden lesionar los intereses de los ciudadanos, expresados en condiciones igualitarias mediante el sufragio (la igualdad se concreta en la fórmula '*una persona, un voto*').

En ese sentido, la configuración de competencias que propone la jurisprudencia actual prevé un '*juzgador*' que no es independiente ni imparcial. Primero, porque con sus actuaciones puede recompensar a sus nominadores; segundo, porque puede coaccionar a quienes no lo fueron o potencialmente no lo serán, en caso de que el alto funcionario aspire a un segundo período; y tercero, porque podría estimular a quienes potencialmente representan un voto a futuro¹³.

Ese sistema de recompensa, castigo y estímulo no es, de ninguna manera, el que mejor representa el sistema de pesos y contrapesos y, por lo tanto, no puede ser asumido como la mejor interpretación de la Constitución Política.

3.3.3. No existe un marco adecuado para la investigación y sanción disciplinaria de funcionarios de elección popular.

Además de todo lo expuesto, ni la Constitución ni la ley prevén un marco de principios y reglas sustantivas, procedimentales y de competencia para juzgar a los congresistas. Por ese motivo, el Procurador General aplica a estos funcionarios las normas -tipos, procedimientos y sanciones- del Código Disciplinario Único. Entre esas sanciones existen tres que resultan particularmente problemáticas a la luz del ejercicio de los derechos políticos; la suspensión, la destitución y las inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas.

¹³ Los inconvenientes citados no suponen una presunción de mala fe en contra del funcionario. El sentido de la imparcialidad y la independencia judicial es el de preservar al juez de intereses distintos a la aplicación del derecho y, por ese motivo, con independencia de la rectitud del funcionario, debe apartarse de asuntos que involucren estímulos como los citados.

Me parece evidente que la facultad de investigar y sancionar a funcionarios de elección popular (en este caso a los congresistas) debe ser objeto de una regulación especial, por la naturaleza especial de estos cargos y por la eventual afectación que las sanciones disciplinarias de estos funcionarios pueden producir en los derechos políticos de sus electores. Esa regulación debería adoptarse por vía de ley orgánica, con las exigencias constitucionales y las mayorías parlamentarias que ello supone.

En tal sentido, las normas del Código Disciplinario Único fueron diseñadas para sancionar cualquier irregularidad en la función pública, y la amplitud de ese propósito se refleja en la estructura de sus normas, en la vaguedad de los tipos disciplinarios y en el margen de discrecionalidad que se otorga a la Procuraduría General de la Nación (o al funcionario competente en cada caso) para imponer las sanciones correspondientes. Al adoptar ese estatuto, el Legislador se inclinó decididamente por dar una amplísima protección a los ciudadanos frente al inadecuado desempeño de la función pública. Esa ponderación, sin embargo, se torna inaceptable cuando, además de los intereses individuales del funcionario afectado con la sanción disciplinaria, esa decisión restringe los derechos políticos previstos en los artículos 40 de la Constitución Política y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴.

3.3.4.- Funciones exentas de límites y principio de responsabilidad.

Constituye un fuerte argumento a favor de la aplicación del poder disciplinario ordinario a los funcionarios de elección popular, el interés por erradicar ámbitos de poder público (o funcionarios) exentos de control. Siguiendo ese razonamiento podría afirmarse que mientras el Legislador o el Constituyente derivado no modifiquen el orden jurídico, creando procedimientos especiales para estos funcionarios, resulta más adecuado aplicar las normas generales, a permitir la existencia de poderes incontrolados o incontrolables disciplinariamente¹⁵. Paradójicamente, con ese interés en mente, la Corte termina por avalar una facultad ilimitada en cabeza de una autoridad administrativa. Para controlar los abusos en que podrían incurrir los funcionarios de elección popular permite que un funcionario que no tiene esa condición, ni pertenece al poder judicial, adopte decisiones que anulan el efecto del voto popular.

¹⁴ Aunque el tema excede el alcance del problema jurídico de la sentencia SU-712/13, que se refería específicamente al ejercicio del poder disciplinario del Procurador frente a congresistas, es evidente que una regulación semejante, de carácter especial y con reserva judicial en materia de investigación y juzgamiento disciplinario, debe ser adoptada por el Congreso de la República para los demás funcionarios de elección popular.

¹⁵ Acá, sin embargo, es necesario hacer una precisión, pues sí existen diversos controles para la actividad parlamentaria: (i) el control ideado para este tipo de funcionarios consistente en la revocatoria del mandato por ejemplo; (ii) el control de tipo penal, que de efectuarse no solo implicaría la sanción penal sino la imposibilidad de ocupar cargos públicos; (iii) con las limitaciones existentes, el proceso de pérdida de investidura o muerte política]. Y esos controles son importantes porque atacan la arbitrariedad.

La sentencia SU-712/13 niega esa carencia de límites indicando que el ordenamiento prevé recursos en sede administrativa y un control jurisdiccional posterior ante el Consejo de Estado, dentro del cual –cabría añadir– se encuentra la posibilidad de conjurar el riesgo de un perjuicio irremediable mediante la suspensión provisional del acto administrativo que se ataca.

La Corte ha afirmado que la eficacia de esos mecanismos debe ser analizada en el marco del caso concreto, aspecto que no abordaré porque se encuentra expuesto con detalle en el cuerpo de la sentencia¹⁶. Sin embargo, en este caso precisamente se evidenció su absoluta ineficacia¹⁷ y, de manera más amplia, la duración del procedimiento judicial ante el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, no lo hace eficaz para conjurar la violación de los derechos del funcionario y sus electores. Dicho de manera más clara, no permite que la persona elegida por vía popular represente los intereses de sus electores -o ejerza su programa, según el caso- durante el período legal o constitucional correspondiente.

En síntesis, la ausencia de normas especiales, adecuadas a este escenario constitucional y la inexistencia de controles efectivos a decisiones que suponen una intensa afectación a los derechos políticos, indican que la competencia bajo análisis supone una facultad que escapa a los límites de *proporcionalidad* y *razonabilidad* que la Constitución exige a toda intensa interferencia en los derechos fundamentales. Y así, el principio de responsabilidad deviene en ausencia de controles sobre el órgano investido del poder disciplinario.¹⁸

4. Las cuatro razones expuestas en este acápite son, en mi concepto, suficientes para asumir un cambio de jurisprudencia. Obedecen a una lectura de la Constitución que toma en consideración elementos del caso concreto para comprender de mejor manera la tensión constitucional que suponen los procesos disciplinarios adelantados por una autoridad administrativa contra funcionarios de elección popular. Y justifican el sacrificio que un cambio de jurisprudencia ocasiona en la seguridad jurídica y la confianza legítima, al satisfacer ampliamente mandatos de innegable relevancia en nuestro orden constitucional, como el principio democrático, el derecho a elegir y ser elegido, los principios de imparcialidad, independencia y autonomía judicial, y los de independencia y autonomía parlamentaria.

¹⁶ Ver sentencia SU-712/03. Análisis de procedibilidad.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Además de lo expuesto, en la decisión mayoritaria se sostiene que una *norma de competencia* es una *regla* y que por ello no puede ponderarse con otras normas de la Constitución que tengan la naturaleza de *principios*. La ya común distinción entre principios¹⁸ y reglas¹⁸ resulta inadecuada en este escenario. Primero, porque la regla de competencia citada parte de una interpretación discutible del artículo 277, numeral 6º, cuyo correcto entendimiento requiere, precisamente, acudir a todo un conjunto de principios constitucionales. Segundo, porque las reglas pueden ser objeto de ponderación, siempre que se identifique el principio que pretenden desarrollar. Era perfectamente viable, en este caso, iniciar una ponderación entre la necesidad de control sobre funcionarios de elección popular (lo que podría denominarse *principio de responsabilidad disciplinaria*), de una parte, y el principio democrático, el derecho a elegir y ser elegido, la autonomía y la independencia como presupuestos del procedimiento disciplinario, de otra.

Por eso estimé necesario referirme a cada uno de ellos. Sin embargo, para terminar, me referiré al argumento que no solo *justifica*, sino que *exige* un cambio de jurisprudencia en este escenario.

4.1. El precedente sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el caso de Leopoldo López Mendoza contra Venezuela.

El señor Leopoldo López Mendoza fue elegido por votación popular, y por dos periodos consecutivos, como Alcalde del Municipio Chacao (Venezuela), de manera que desempeñó ese cargo entre el 4 de agosto de 2000 y el mes de noviembre de 2008. Ese mismo año aspiraba presentarse como candidato para la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas, pero no pudo hacerlo, pues sobre él pesaban dos sanciones de inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, impuestas por el Contralor General de la Nación, en dos procesos administrativos distintos.

Una de esas sanciones se produjo por hechos ocurridos cuando era un funcionario de la petrolera estatal venezolana PDVSA; la segunda, por actuaciones asociadas a su gestión como alcalde.

Después de efectuar una reconstrucción del proceso interno, cuya similitud con el procedimiento colombiano es evidente (en esa oportunidad, se agotó la actuación y recursos propios de la vía gubernativa, se intentó un recurso de amparo, y se inició una acción de nulidad ante el contencioso administrativo, escenario en el que se requirió la suspensión provisional del acto cuestionado), la CorteIDH abordó el estudio de fondo del caso, y declaró que una sanción que inhabilita a un funcionario público de elección popular, impuesta por una autoridad administrativa, es incompatible con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

“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) la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente 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 un 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 cual tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana”.

Esta sentencia, proferida en septiembre de 2011, establece el alcance que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atribuye al artículo 23 del Instrumento. Y los dos párrafos transcritos muestran también con total claridad la contradicción entre la jurisprudencia del alto órgano y la que defendió este Tribunal en la providencia SU-712/13.

Ahora bien, en la decisión que motiva este voto disidente, advirtió la mayoría que el fallo podría ir en contra de *decisiones internacionales*. Aunque es argumentativamente loable aceptar esa eventual incompatibilidad, no lo es convertir un precedente de la CorteIDH en una *decisión internacional*, cuyo valor normativo sería discutible en el ámbito interno.

La sentencia de Leopoldo López Mendoza contra Venezuela es un precedente, cuya doctrina sobre la interpretación de la CADH es vinculante para todos los agentes del orden interno, incluida esta Corporación.

En ese sentido, debe recordarse que Colombia es miembro de la Organización de Estados Americanos, *parte* en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y acepta la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹. Esta Convención es además el instrumento de derechos humanos más importante del ámbito regional, y la CorteIDH su intérprete autorizada, de manera que sus pronunciamientos constituyen pauta insustituible para que el país cumpla sus compromisos de respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Finalmente, las cláusulas de la Convención hacen parte del orden interno, con jerarquía constitucional, en virtud de las normas de remisión del artículo 93 Superior. Y la sentencia López Mendoza contra Venezuela aclara que el artículo 23 de la Convención exige reserva judicial y penal para imponer sanciones disciplinarias a funcionarios de elección popular²⁰. Brevemente: la sentencia López Mendoza no es un *pronunciamiento internacional* con valor puramente doctrinario para la Corte Constitucional. Es un precedente vinculante y una pauta imprescindible para interpretar adecuadamente una norma del bloque de constitucionalidad.

Solo una vez se establece la naturaleza de la “*decisión internacional*” que podría resultar incompatible con la posición que la Corte asumió sobre el

¹⁹ Colombia firmó la CADH el 22 de nov de 1969, la ratificó el 28 de mayo de 1973, efectuó el depósito correspondiente el 31 de julio de 1973, y aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985.

²⁰ Es decir, que la competencia para imponer una sanción de ese tipo solo puede estar en cabeza de un juez penal competente.

alcance del artículo 277.6 es posible enfrentar seriamente la compleja contradicción normativa en que se ubican los precedentes de esta Corporación y la CorteIDH: mientras la Corte Constitucional considera permitido por el artículo 277.6 de la Constitución Política que una autoridad administrativa separe del cargo a un funcionarios de elección popular, a través de un procedimiento disciplinario, la CorteIDH sostiene que el artículo 23 de la CADH (norma incorporada al orden interno con jerarquía constitucional) prohíbe que ello ocurra y, en cambio, ordena que una decisión de esa naturaleza sea adoptada por un juez penal competente.

Cuando una contradicción de ese tipo se presenta, corresponde a la Corte adelantar una armonización de las normas en conflicto, con el propósito de asegurar la supremacía de la Constitución, y el pleno respeto de las obligaciones del Estado en el escenario del derecho internacional de los derechos humanos.

De igual forma, la CorteIDH ha establecido que todos los órganos internos de un Estado parte en la Convención, incluso los jueces, están obligados a velar porque los efectos de las normas convencionales no se vean afectados por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin del tratado. En ese sentido, los órganos que componen la administración de justicia deben ejercer oficiosamente el *control de convencionalidad* de las normas internas:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un trato internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (Ver, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrafo 225).

En ese orden de ideas, en este caso correspondía a la Corte Constitucional asumir el *control de convencionalidad*, como órgano de cierre de la

jurisdicción constitucional y, el método para llevarlo a cabo consistía precisamente en asumir un cambio de jurisprudencia que armonice la interpretación del numeral 6° del artículo 277 de la Constitución, con el artículo 23 de la CADH. Ambas disposiciones solo resultan compatibles entre sí al asumir que la Procuraduría puede ejercer *vigilancia* y, en ese marco, *denunciar* posibles irregularidades en el desempeño del cargo por parte de funcionarios de elección popular, pero no tiene competencia para adelantar procesos e imponer sanciones disciplinarias en su contra.

Podría argumentarse que con ello no se supera la contradicción normativa, pues la Constitución Política colombiana prevé expresamente el proceso de pérdida de investidura, cuya competencia no se asigna a un juez *penal competente*, sino al órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

Aunque esa objeción escapa al caso que estudió la Corte en esta oportunidad, y al que resolvió la CorteIDH en *López Mendoza vs. Venezuela*, es posible que esa incompatibilidad no sea insuperable. Primero, porque la actuación que juzgó el alto tribunal se originó en una sanción disciplinaria impuesta por vía administrativa, de manera que no se estudió plenamente la validez de una sanción semejante adoptada en un proceso con plenas garantías judiciales, aunque no de naturaleza penal; segundo, porque la pérdida de investidura que prevé la Constitución incorpora una importante garantía, como es la competencia de un órgano de cierre, aspecto que podría ser tomado en cuenta para verificar su compatibilidad con el artículo 23 de la CADH; y, finalmente, porque, como lo expresó el Juez García Sayán en su voto concurrente razones (es decir, en aclaración de voto), la sentencia no debe interpretarse literalmente, precisamente, porque la Corte Interamericana no consideró otros escenarios distintos al del caso concreto²¹.

En esa dirección, una lectura plausible del artículo 23 de la CADH como la que presenta el Juez García-Sayán, propone que lo exigido por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en este ámbito es la reserva judicial para imponer sanciones como la descrita es la *ratio decidendi* de la sentencia. Si bien la literalidad de la disposición indica que debe ser un juez penal competente, existen otros criterios hermenéuticos que llevan a sostener si la sanción se impone dentro de un proceso judicial, con todas las

²¹ Al respecto, explicó el Juez Diego García-Sayán: “16. A partir de los medios de interpretación referidos en los párrafos anteriores se puede concluir que el término ‘*exclusivamente*’ contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de derechos políticos. Asimismo que 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. || 17. A la luz de una interpretación evolutiva y sistemática del artículo 23.2 y en atención al carácter vivo de la Convención, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones contemporáneas de la evolución institucional, lo crucial es que sea una autoridad de naturaleza judicial, vale decir en sentido amplio, y no restringida a un juez penal (...)”

garantías del derecho interno e internacional, la naturaleza de ese procedimiento podría ser definida por cada Estado.

También podría afirmarse que la sentencia *López Mendoza vs Venezuela* de la CorteIDH solo hace referencia a sanciones de *inhabilidad* que recaigan sobre gobernantes democráticamente elegidos, como los *alcaldes* y, por lo tanto, esa exigencia no sería aplicable a la *destitución* impuesta a una *Senadora de la República*. No debe olvidarse, sin embargo, que la Corte aplicó el artículo 23 de la CADH en el que se hace referencia a *derechos políticos* (incluidos el sufragio activo y pasivo. O los derechos a elegir y ser elegido), disposición que expresamente plantea la exigencia de reserva judicial previa restricción de esos derechos. Por ello, es aplicable a otros funcionarios, como los congresistas o cualquier otro de elección popular. De otra parte, y en lo que toca a las sanciones disciplinarias, es cierto que la *inhabilidad* restringe intensamente los derechos del funcionario afectado; pero no es menos cierto que la *destitución* (al igual que la *suspensión*) comporta una interferencia de mayor alcance a los derechos políticos de los electores. Y es esa afectación intensa a los derechos políticos, lo que explica la exigencia de las mayores garantías en los juicios disciplinarios y, concretamente, la reserva judicial a la que se refirió la CorteIDH.

5. En la demanda estudiada en esta oportunidad también se planteó el problema jurídico sobre la ausencia de imparcialidad de la Viceprocuradora para resolver los impedimentos o recusaciones del Jefe del Ministerio Público.

Aunque estimo que el problema jurídico más relevante que debía resolver la Corte era el de la competencia de la Procuraduría General para sancionar disciplinariamente a los congresistas, razón por la cual concentré mi salvamento en controvertir la existencia de esa potestad, debo señalar que tampoco comparto la posición de la Sala Plena sobre el segundo problema jurídico.

En la decisión mayoritaria, la Corte asumió que el Viceprocurador sí puede resolver esos impedimentos o recusaciones (según el caso), aplicando analógicamente la disposición que establece que corresponde al Viceprocurador adelantar los procesos en que el Jefe del Ministerio Público se declare impedido. Considero que esa norma contempla un supuesto diametralmente distinto al que debía analizar la Sala, pues parte precisamente de la aceptación del impedimento. Y, en cualquier caso, no considero que un funcionario deba pronunciarse sobre el eventual impedimento de su nominador y superior jerárquico.

6. Conclusiones

La Corte adoptó una decisión basándose en una interpretación discutible del artículo 277 (numeral 6º) de la Carta Política, que sin embargo, asumió como obvia o evidente; se basó en dos precedentes, cuya fuerza era apenas relativa

en esta oportunidad (la sentencia C-280/96 no abordó el problema jurídico que enfrentó la Sala Plena en esta oportunidad, y la sentencia T-544/04 es un fallo de revisión de tutela, en un escenario distinto al actual); y planteó una interpretación sistemática de la Constitución Política que, sin embargo, pasó por alto el principio democrático, los derechos políticos del funcionario afectado y sus electores, los principios de independencia parlamentaria, los derechos de las minorías en el Congreso, y la imparcialidad, independencia y autonomía que deberían aplicarse en un procedimiento disciplinario, del que pueden surgir restricciones intensas a los derechos fundamentales.

Además, la mayoría planteó cuatro objeciones trascendentales a la luz del sistema de pesos y contrapesos que define la ingeniería institucional prevista por el Constituyente, que no refutó satisfactoriamente (ver, *supra*, acápite primero), dirigiéndose por ese motivo a una decisión injusta, en el marco de los mandatos superiores de la Constitución Política, faltando así a la pretensión de corrección que debe caracterizar toda sentencia judicial.

Finalmente, omitió su deber de adelantar el control de convencionalidad sobre sus propias interpretaciones, después de conocer el sentido de la decisión *López Mendoza contra Venezuela*, adoptada el 1º de septiembre de 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual es indiscutible que el artículo 23 de la Convención exige reserva judicial para la adopción de decisiones que afecten intensamente derechos políticos de funcionarios de elección popular, en el marco de un procedimiento disciplinario.

Desconocer el carácter de precedente de ese fallo y dirigirse abiertamente en contra de su sentido jurídico, se opone al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, y hace vulnerable la decisión adoptada en la sentencia SU-712/13 al escrutinio de los órganos competentes de derecho internacional. Solo una inconveniente vanidad judicial y no un compromiso inquebrantable con la vigencia de los derechos humanos, explica que la Corte Constitucional prefiera mantener una postura del año 2004 y hoy en día obsoleta, a asumir el cambio de orientación exigido por el principio democrático, el goce efectivo de los derechos políticos, y el actual conocimiento del derecho internacional sobre el alcance del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El cambio de precedente que propuse en esta oportunidad tampoco resulta exótico en el marco de la jurisprudencia constitucional. En el pie de página 116 de la sentencia SU-712/13 se explica cómo la Corte Constitucional sostuvo en sentencias C-417/93, C-037/96, C-244/96, C-280/96, SU-637/96, C-057/98, SU-337/98 y C-181/02 que la Procuraduría estaba facultada para investigar y sancionar tanto a los empleados como a los funcionarios de la Rama Judicial, salvo aforados o aquellos expresamente excluidos por el Legislador. Sin embargo, la postura fue “*revisada*” a partir de la sentencia C-948/02, en la que se consideró que esa potestad correspondía exclusivamente a la jurisdicción disciplinaria. Ello demuestra que la interpretación de la

potestad disciplinaria del Procurador General de la Nación no está exenta de discusiones y que existen motivos de relevancia constitucional que pueden llevar a modificar las orientaciones que la Corte estimó acertadas en sus primeros fallos. En ese evento, la naturaleza de las funciones jurisdiccionales. En esta oportunidad, el respeto por los derechos políticos y el voto popular.

Fecha ut supra,

Luis Ernesto Vargas Silva.