

La suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes en Colombia en los estados de conmoción interior: violación a los artículos 23.2 y 27.2 de la Convención Americana

The executive suspension of governors and mayors in Colombia in states of internal commotion: violation of articles 23.2 and 27.2 of the American Convention

Carlos Arturo DUARTE MARTÍNEZ*

RESUMEN: En Colombia, durante el estado de conmoción interior, el presidente de la República puede suspender a los gobernadores departamentales y a los alcaldes municipales, y los gobernadores a los alcaldes, “cuando contribuyan a la perturbación del orden, obstaculicen la acción de la fuerza pública o incumplan las órdenes emitidas por su superior”. Estas hipótesis pueden subsumirse en diversos delitos o faltas disciplinarias; sin embargo, los gobernadores y alcaldes no cuentan con garantías judiciales adecuadas para defender su derecho al sufragio pasivo frente a suspensiones ejecutivas arbitrarias. Se demuestra que esta facultad de suspensión vulnera la reserva judicial que protege los derechos políticos, conforme a los artículos 23.2 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

* Abogado y Especialista en Derecho público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), Magíster en Derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia y estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente investigador y Coordinador Académico de la Especialización en Derecho disciplinario de la UNAB. ORCID ID: 0000-0002-7443-8510. Contacto: <cduarte3@unab.edu.co>. Fecha de recepción: 21/05/2024. Fecha de aprobación: 20/11/2024.

PALABRAS CLAVE: Sufragio pasivo; estado de conmoción interior; inhabilitación temporal; garantías judiciales indispensables; Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ABSTRACT: In Colombia, during a state of internal commotion, the President of the Republic has the authority to suspend Departmental Governors and Municipal Mayors. Furthermore, the former can suspend the latter "when they contribute to the disturbance of order, hinder the action of public forces, or fail to comply with orders issued by their superiors in this regard." These scenarios can be associated with different crimes or disciplinary offenses. However, Governors and Mayors facing arbitrary executive suspensions lack judicial guarantees to defend their right to passive suffrage. This demonstrates that such suspensions violate the judicial reserve protecting political rights under the terms of Articles 23.2 and 27.2 of the American Convention on Human Rights.

KEYWORDS: Passive suffrage; state of internal commotion; temporary disqualification; indispensable judicial guarantees; Convención Americana sobre Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución colombiana de 1991 regula los estados de excepción para asegurar que, durante su vigencia, el poder público también esté sometido a la racionalidad jurídica. Cuenta con un sistema de controles y garantías para evitar que, como advierte Agamben¹, termine siendo una anomia jurídica o un lugar de no Derecho. En particular, ese robusto régimen fue previsto por el constituyente para evitar los excesos que se presentaban durante la Constitución de 1886 bajo el estado de sitio.

Dentro de las garantías se enlistan: (i) la prevalencia, en el orden interno, de los tratados internacionales sobre los derechos humanos que prohíben su limitación durante los estados de excepción, de donde tienen jerarquía constitucional –art. 93–, (ii) la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales –art.214 n°2–, (iii) la prohibición que civiles sean juzgados por militares –art. 213 inciso final–, (iv) la imposibilidad de desmejorar los derechos sociales –art. 213 inciso final–, entre otros. Sobre los controles se resaltan: (v) el automático de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos que el presidente de la República expide en ejercicio de sus facultades extraordinarias –arts. 214 n°6 y 241 n°7– y (vi) el inmediato de legalidad que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo respecto a los decretos expedidos en ejercicio de función administrativa que desarrollen los decretos legislativos –art. 136, Ley 1437 de 2011.

De las normas internacionales, resalta el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), que no autoriza a los Estados parte, durante los estados de guerra, peligro público o emergencia, a suspender los derechos políticos, ‘ni las garantías judiciales indispensables’ para su pro-

¹ AGAMBEM, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2004, pp. 99.

tección. Dentro de estas garantías se encuentra la reserva judicial para la restricción individual del derecho político al sufragio pasivo de los servidores públicos de elección popular, consagrada en el artículo 23.2.²

El presente escrito centra su estudio en la validez del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994, que otorga, durante el estado de conmoción interior, al presidente la competencias de suspender a los alcaldes y a los gobernadores y estos últimos a los alcaldes de su departamento “cuando contribuyan a la perturbación del orden, u obstaculicen la acción de la fuerza pública, o incumplan las ordenes que al respecto emita su superior, y designar temporalmente cualquier autoridad civil, según los procedimientos y las causales que se establezcan”.

Se propone realizar una interpretación conforme a los artículos 23.2 y 27.2 convencionales de la disposición legal bajo análisis con un doble sentido: (i) rechazar la posibilidad de que el presidente o los gobernadores motiven por razones políticas la suspensión de las autoridades locales elegidas por voto popular durante los estados de excepción y (ii) proponer que solo puedan hacerlo siempre que exista una orden judicial emanada que se funde en la comisión de un delito o falta disciplinaria. En consecuencia, la competencia del presidente prevista en el artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 es reglada y se restringe a ser un simple ejecutor de decisiones judiciales que verifican la comisión de delitos o faltas disciplinarias.

El presente análisis es necesario pues la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 1994 al concluir que el artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 era exequible, no estudió los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH. La Corte interpretó que el único límite que impone la Constitución al presidente para suspender a gobernadores y alcaldes es que lo haga “en los casos taxativamente

² El artículo 4.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos no enlista a los derechos políticos (art. 25) dentro de aquellos que no se pueden suspender “en situaciones excepcionales”.

señalados por la ley”, y consideró que los decretos legislativos de estados de excepción son leyes en sentido material. Por lo tanto, se concluyó que era posible que la Ley 137 de 1994 estableciera la posibilidad de suspender ejecutivamente a alcaldes y Gobernadores bajo los estados de conmoción interior.

Así las cosas, la disposición legal interpretada conforme a la convencionalidad se leería bajo la siguiente fórmula:

k) El Presidente de la República podrá suspender al alcalde o gobernador, y este a su vez podrá suspender a los alcaldes de su departamento, cuando contribuyan a la perturbación del orden, u obstaculicen la acción de la fuerza pública, o incumplan las ordenes que al respecto emita su superior [*siempre que así lo acredite y lo ordene un juez*], y designar temporalmente cualquier autoridad civil, según los procedimientos y las causales que se establezcan.

Todo lo anterior pasa a ser defendido en tres apartados: en los dos primeros se explica, respectivamente, la prohibición convencional y constitucional de suspender derechos humanos y derechos fundamentales, para en la última analizar cómo la suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes durante el estado de conmoción interior resulta lesiva a la reserva judicial y la manera de superar dicha inconventionalidad.

II. LOS ALCANCES DE LA PROHIBICIÓN DE SUSPENDER LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

A) SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 57; señala que la aplicación, total o parcial, de un tratado internacional se puede suspender en dos hipótesis: (i) “conforme

a las disposiciones del tratado” o (ii) “por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes. Así, en cada ocasión, los sujetos de Derecho internacional público pueden definir los eventos en los que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de los tratados internacionales puede cesar válidamente.

Esta suspensión tiene la vocación de ser temporal, en tanto que lo contrario exige realizar una denuncia del tratado internacional. Es decir, toda suspensión es temporal, no hay suspensiones definitivas. Tratándose de tratados multilaterales, la suspensión puede involucrar a cuando menos un Estado parte. La suspensión de las obligaciones internacionales no cuestiona la existencia o validez del tratado internacional; cuando es parcial exige que las obligaciones no objeto de la suspensión deban ser cumplidas; y, como recuerda la doctrina³, la suspensión es una alternativa plausible frente a la denuncia e impone al Estado parte el deber de superar la situación que lo llevó a la suspensión.

La CADH, como tratado internacional que fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), en su artículo 27 establece un régimen convencional para los derechos humanos bajo los estados de excepción, en el cual prohíbe suspender las obligaciones internacionales respecto a 10 derechos, entre ellos los derechos políticos, y “las garantías judiciales indispensables para la protección”.

En América Latina, donde la excepcionalidad ha tenido una larga tradición vinculada a la violación de los derechos humanos, el propósito de convencionalizar su ejercicio reitera la intención de salvaguardar la democracia y los derechos humanos, incluso en los tiempos en que el Estado de Derecho mismo esté en riesgo. Es una apuesta para proteger a las personas y sus derechos de las

³ REUTER, Paul, *Introducción al Derecho de los tratados*, México, FCE, 1999, p. 194.

clepto kakistocracias que han encontrado tierra fértil en este hemisferio, como explica el maestro Brewer-Carias.⁴

Respecto a las obligaciones internacionales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, Escobar Roca⁵ expone que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha indicado que es posible restringir los derechos enlistados en el artículo 27.2, pero no ha sido muy clara en distinguir entre suspensión y restricción. A pesar de esto, el autor español destaca que el tribunal internacional reconoce que, al ser los derechos humanos consustanciales a la persona, “lo único que podría suspenderse sería su pleno y efectivo ejercicio”. Gabriela Rodríguez ha dicho que en cada caso se debe analizar el “carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como la proporcionalidad y razonabilidad” de la medida de excepción adoptada para determinar si es o no compatible con el artículo 27. Y reconoce que para verificar el cumplimiento de estas condiciones, es necesario que el Estado parte permita en el orden interno el ejercicio de las garantías judiciales indispensables⁶.

También la Corte IDH ha señalado que no es posible violar otras obligaciones internacionales con la suspensión que habilita

⁴ BREWER-CARIAS, Allan, “El intento de inhabilitación política contra María Corina Machado, en el marco del colapso total del país, producto de la guerra que un Estado depredador, conducido por una clepto kakistocracia, ha desatado contra la ciudadanía”, consultado en: <<https://iicd.juridicas.unam.mx/detalle-blog/1564>>.

⁵ ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Los derechos humanos en los estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 110, enero-abril de 2021, pp. 142 a 143.

⁶ RODRÍGUEZ, Gabriela, “Artículo 27. Suspensión de Garantías”, en Steiner, C. & Uribe, P. (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, Bogotá, Temis, 2014, p. 685.

o permite la CADH, en concordancia con las cláusulas hermenéuticas de su artículo 29⁷.

B) LOS DERECHOS POLÍTICOS, INTANGIBLES DENTRO DEL SIDH

La existencia de derechos que no pueden ser suspendidos ni aún en estados de excepción marca un límite de intangibilidad para los poderes del Estado. Es una norma de *ius cogens* respetarlos y garantizarlos, lo que demuestra que su sacrificio no contribuye a superar la situación excepcional⁸.

Medina y Nash⁹ explican que la inclusión de los derechos políticos entre aquellos que no se pueden suspender durante los estados de excepción se debe a la práctica frecuente de menoscabarlos bajo su vigencia. Por lo tanto, entienden que el artículo 27.2 prohíbe eludir la realización de elecciones periódicas, salvo por alguna circunstancia natural o la guerra; disolver corporaciones de elección popular; prohibir algún partido político; suspender el derecho al voto de personas; o aumentar los requisitos para elegir o ser elegidos con ocasión a la situación que dio lugar a la declaración de emergencia. Meléndez agrega que, en virtud de esta disposición convencional, está prohibido durante los estados

⁷ Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 289, Párr. 117.

⁸ TOBÓN TOBÓN, Mary, *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Bogotá, Ibáñez, 2019, p. 273.

⁹ MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: introducción a los mecanismos de protección*, Santiago, Universidad de Chile, 2007, p. 37, consultado en: <https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads_f9f12250/CDH_025.pdf>

de excepción “adoptar medidas... discriminatorias por motivos políticos”¹⁰.

Vale recordar que tempranamente la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-8/87 señaló que “la suspensión de garantías no puede desvincularse del ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’ a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA”. De esta manera, resulta evidente que adoptar medidas de excepción, como las señaladas por Medina y Nash no contribuye positivamente al fortalecimiento de la democracia.

En lo que se refiere al sufragio pasivo o derecho a ser elegido, que es el que se afecta cuando se inhabilita para el ejercicio de servidores públicos de elección popular, pues Vanegas¹¹ enseña que este incorpora el derecho a la permanencia y ejercicio en el cargo electivo, salvo que incurra en una causal prevista en la ley para ser desvinculado y su ocurrencia se acredite en una actuación respetuosa de las observancias del debido proceso.

Sobre esta última arista, la destitución o separación del empleo de ciertos funcionarios públicos, como consecuencia de incurrir en delitos o faltas disciplinarias no se presenta como algo problemático. Estas medidas son restricciones que ordinariamente se adoptan en tiempos de legalidad ordinaria, y pueden ser necesarias bajo la excepcionalidad cuando servidores públicos, inclusive los de acción popular, contribuyen a amenazar la subsistencia del mismo régimen democrático, propician un alzamiento armado contra el Estado o participen de la guerra en el bando considerado como enemigo, o se muestren negligentes en superar el estado de excepción.

¹⁰ MELÉNDEZ, Florentín, *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho, Madrid, Universidad Complutense, 1997, p. 293, consultado en: <<https://docta.ucm.es/bitstreams/943642ba-9f28-4b3a-8d6c-52cd44607325/>>.

¹¹ VANEGAS, Pedro Pablo, *Las candidaturas en el Derecho electoral colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 54-72.

Sin embargo, la inhabilitación, ya sea definitiva o provisional, de autoridades públicas de elección popular durante los estados de excepción, lleva consigo el riesgo de ser utilizada como una herramienta para eliminar al enemigo político mediante vías antidemocráticas. El riesgo se presenta, por ejemplo, para los miembros de la asamblea legislativa, quienes de manera ordinaria ejercen control político sobre el presidente, especialmente necesario durante los estados de excepción. También se cierne sobre las autoridades políticas locales, quienes ejercen contrapeso a la autoridad del presidente y, en gran parte, deben cumplir las medidas de excepción adoptadas por él.

Así pues, aunque la inhabilitación del ejercicio del cargo es una restricción al sufragio pasivo, si las garantías judiciales indispensables se llegan a suspender durante los estados de excepción a fin de hacer que más fácil su imposición que en tiempos de legalidad ordinaria, se estaría frente a una violación del artículo 27 de la CADH.

C) LAS GARANTÍAS JUDICIALES INDISPENSABLES

Fix-Zamudio destaca que la referencia en el artículo 27 de la CADH a las garantías judiciales indispensables busca impedir “la intervención de los tribunales para fiscalizar las declaraciones, las disposiciones legislativas y los actos concretos de aplicación de las situaciones de excepción”¹².

Sobre la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables de los derechos indisponibles, Meléndez sostiene que “debe entenderse como inderogable toda garantía judicial que por su naturaleza y especialmente por la función de protección que desempeña, sea estrictamente indispensable asegurar para

¹² FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. °111, 2004, p. 832, consultado en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3805/4726>>.

preservar los derechos humanos y las libertades fundamentales que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia”, como, ejemplifica, es el acceso a la jurisdicción.¹³

Al respecto, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-8/87 expresó que por aquellas garantías judiciales debe interpretarse los “procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizarla plenitud del ejercicio de los derechos y libertades” considerados por la misma CADH como indisponibles. El tribunal internacional destaca que, aunque pueden variar según la naturaleza de cada uno de ellos, un elemento común e indispensables es “la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”¹⁴. No hay duda así que la reserva judicial de los derechos políticos resulta indispensable durante los estados de excepción.

En la Opinión Consultiva OC-9/87, la Corte IDH amplió la interpretación del artículo 27.2 de la CADH para decir que: (i) el artículo 27.2 debe entenderse junto con las garantías del debido proceso legal previstas en el artículo 8 convencional y la protección judicial efectiva del artículo 25, y que (ii) tampoco se pueden desconocer las garantías indispensables de los derechos no suspendidos:

38. La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.

¹³ MELÉNDEZ, Florentín. *op. cit.*, p. 294.

¹⁴ Corte IDH. OC-8/87, Párr. 29 a 30.

39. Naturalmente, cuando en un estado de emergencia el Gobierno no haya suspendido algunos derechos y libertades de aquéllos susceptibles de suspensión, deberán conservarse las garantías judiciales indispensables para la efectividad de tales derechos y libertades.

Sobre lo anterior, Tobón sostiene que las garantías del artículo 8 “no se pueden suspender con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”¹⁵. Así, es claro que la vigencia de las garantías judiciales indisponibles en los estados de excepción es autónoma a la de los derechos enlistados en el mismo artículo 27.2 de la CADH. Por ende, al igual que no pueden suspenderse aquellas necesarias para garantizar los derechos que siendo susceptibles de suspensión no fueron suspendidos, tampoco es posible que durante los estados de excepción se impongan restricciones a los derechos enunciados en el artículo 27.2 con menoscabo de las garantías judiciales indispensables.

En consecuencia, las restricciones que válidamente pueden imponerse a derechos políticos con la observancia de la reserva judicial en tiempos de legalidad ordinaria no pueden confiarse a autoridades administrativas bajo estados de excepción. La reserva judicial para la inhabilitación política no puede ser desconocida durante los estados de excepción, so pena de violar la CADH.

Respecto a los derechos políticos, la Corte IDH ha construido la reserva judicial en torno, principalmente, al sufragio pasivo como se sintetiza en la OC-28 de 2021, consagrada tanto en el artículo 23.2 como en el 25 de la CADH. Esto explica que el tribunal internacional exiga a los Estados parte de la CADH que toda restricción individual al sufragio pasivo a título de sanción sea decidida por un “juez competente, en proceso penal”, bien se lla-

¹⁵ TOBÓN, Mary, *op. cit.*, p. 288.

me falta¹⁶, destitución¹⁷ o cualquier tipo de sanción¹⁸ que conlleve a una inhabilitación política.

El juez como garante de los derechos políticos es quien puede aplicar el Derecho lejos de las relaciones partidistas y contener la eliminación arbitraria del contendiente político. Como explicó la Corte IDH en la OC-28 de 2021, este juez, con la observancia de las garantías del debido proceso legal, debe verificar que la restricción al sufragio pasivo a aplicar¹⁹: (i) tiene un fundamento que respeta la legalidad, (ii) persigue una finalidad permitida y legítima a la luz de la CADH, (iii) es idónea para lograr esa finalidad, (iv) es necesaria, es decir, no existen alternativas menos lesivas y, por último, (v) es estrictamente proporcional de modo que no cause un daño mayor al beneficio que genera. No aplicar esta metodología para determinar la validez de las restricciones a los derechos políticos, sean provisionales o definitivas, socava la protección judicial prevista convencionalmente para ellos.

En otro espacio, se ha expuesto que aunque la Corte IDH ha desarrollado dicho estándar frente a sanciones definitivas, tam-

¹⁶ Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C 233, párr. 107

¹⁷ Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Sentencia de 8 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C 406, párr. 96 y 100.

¹⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana), párrs. 106 a 107.

¹⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Solicitada por la República de Colombia, La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párrs. 115 a 122.

bién la reserva judicial cobija a medidas provisionales o temporales, ya que ellas también restringen de manera individual los derechos políticos²⁰. Recuérdese que el exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego solo duró retirado del cargo durante un mes y un día, y la Corte IDH declaró violado el derecho al sufragio pasivo previsto en el artículo 23.1 de la CADH. Precisamente, el tribunal internacional destacó que durante este lapso en el que dicho funcionario no pudo desempeñar su cargo “también constituyó una afectación de los derechos políticos de sus electores y del principio democrático”²¹.

Por ende, también es contrario a la CADH y su finalidad relacionada con que las personas vivan en democracias reales y vigorosas, que durante los estados de excepción con una restricción temporal impuesta sin respeto a la reserva judicial, las autoridades democráticamente elegidas sean separadas de sus funciones.

III. LOS ALCANCES DE LA PROHIBICIÓN DE SUSPENDER DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

Como ya se dijo, la Constitución colombiana de 1991 en su artículo 214 N°2 prohíbe suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquiera de los estados de excepción y delega al legislador regular las facultades bajo esos lapsos y los controles judiciales para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Al ser los derechos a elegir y ser elegido considerados como fundamentales, según el artículo 40 N°1, se encuentran cobijados por esta prohibición.

²⁰ ROA, David y DUARTE, Carlos, *Garantías convencionales en el Derecho disciplinario*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2023, Capítulo VI.

²¹ Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia, Párr. 135.

A) INTERPRETACIÓN DE LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL

El Congreso de la República, al regular las facultades durante los estados de excepción, entendió que lo posible en ellos es la limitación de los derechos y se preocupó porque no equivalieran a suspensiones, por lo que en la Ley 137 de 1993 adoptó una triple fórmula: (i) frente a los derechos no susceptibles de ser suspendidos, dijo que las limitaciones no pueden “ser tan gravosas que impliquen la negación” -art. 5-, (ii) respecto a los derechos que sí se pueden suspender, señaló que no se puede “afectar su núcleo esencial” -art. 6- y (iii) prohibió “cometer arbitrariedades so pretexto” de la declaración del estado de excepción -art. 7-.

Vale destacar que el artículo 4 de la Ley 137 de 1993 reproduce íntegramente el artículo 27.2 de la CADH, por lo que el derecho a ser elegido legalmente tampoco se puede suspender y tampoco sus garantías judiciales indispensables. Esta regulación muestra, a juicio de José Gregorio Hernández, que los estados de excepción en la Constitución de 1991 no permiten la existencia de poderes omnímodos²². Para el profesor Casas se trata de “un rígido estándar a la hora de hacer uso de las facultades extraordinarias que se le otorgan al ejecutivo en los estados de excepción”²³.

Un atento lector podrá advertir que, al igual que lo expresado por Escobar Roca respecto a la CADH, dentro del sistema constitucional colombiano no es clara la distinción entre suspensión y limitación. Tobón²⁴ señala que la suspensión comporta la transgresión del núcleo esencial del derecho fundamental al punto que impide su ejercicio no solo frente al Estado sino ante los parti-

²² HERNÁNDEZ, José Gregorio, *Poder y Constitución*, Bogotá, Legis, 2001, p. 204.

²³ CASAS FARFÁN, Luís, *Límites constitucionales al ius puniendi en estados de excepción en Colombia*. Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho, Madrid, Universidad de Alcalá, 2017, p. 272, consultado en: <<https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/41545>>.

²⁴ TOBÓN, Mary, *op. cit.*, pp. 301-307

culares, es decir, le “resta efectividad total de manera temporal”, mientras que la limitación implica imponer condiciones adicionales para el ejercicio del derecho fundamental, asunto que es de reserva legal. Mauricio Rodríguez explica que suspender y limitar derechos son acciones que pertenecen al género de intervenir, en donde el primero de ellos equivale a su desaparición temporal mientras que la limitación restringe solo algunas posibilidades de su ejercicio²⁵.

La Corte Constitucional ha entendido que la prohibición de suspender los derechos humanos es una exigencia para la “ausencia de arbitrariedad” durante los estados de excepción²⁶. En sentencia C-252 de 2010²⁷, el tribunal constitucional también reconoció que los derechos humanos no susceptibles de ser suspendidos durante los estados de excepción, sí pueden ser restringidos en la medida en “que satisfagan los requerimientos esenciales” del DIDH, la Constitución y la Ley 137 de 1994. Pero la Corte no es clara en si el incumplimiento de esos requerimientos hace que la medida adoptada equivalga a una suspensión o sea una restricción ilegal.

²⁵ RODRÍGUEZ DELGADO, Mauricio, *La suspensión de la libertad personal en los estados de excepción en Colombia. Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2023, pp. 87 y ss., consultado en: <<https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/57493>>.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2003 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa), consultado en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-149-03.htm>>.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2010 (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio), en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-252-10.htm>>.

B) LA RESERVA JUDICIAL Y LOS DERECHOS INTANGIBLES
DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional no se encuentra un desarrollo particular sobre aquellas garantías judiciales indispensables durante los estados de excepción. Esto se debe principalmente a que la inventiva del legislador de excepción no ha llevado a desconocer sus límites, es decir, a negar la reserva judicial a los derechos humanos o fundamentales.

Ante este escenario, podría reconocerse que las reglas de la Constitución colombiana de 1991 y la Ley 137 de 1994, al menos normativamente, han sido eficaces, es decir, que no se han expedido decretos legislativos por los Presidentes de la República para, por ejemplo, trasladar a autoridades de la rama ejecutiva la decisión de asuntos que bajo la legalidad ordinaria corresponden a los jueces.

Debe destacarse que la reserva judicial se ha respetado incluso frente a derechos que sí se pueden suspender durante los estados de excepción. Por ejemplo, como recuerda Casas Farfán, en referencia a la libertad personal y al Derecho procesal penal, las modificaciones realizadas mediante decretos legislativos se han orientado a variar la competencia de los jueces penales, otorgar facultades de policía judicial a miembros de la fuerza pública, crear tipos penales, ampliar los términos judiciales o hacer más rigurosos los procesos de ejecución de sanciones²⁸.

Así pues, en primer momento las fuentes formales de Derecho de excepción en Colombia han sido respetuosas de los derechos humanos considerados intangibles desde el DIDH, además de contar con herramientas judiciales para su garantía. Sin embargo, dos excepciones notables a la reserva judicial de los derechos políticos se encuentran dentro de la Ley 137 de 1994.

²⁸ CASAS, Luís, *op. cit.*, p. 299.

IV. LA SUSPENSIÓN EJECUTIVA DE GOBERNADORES Y ALCALDES DURANTE LA CONMOCIÓN INTERIOR

A) LOS SUPUESTOS EN LOS QUE LOS GOBERNADORES Y ALCALDES PUEDEN SER SUSPENDIDOS BAJO LA LEGALIDAD ORDINARIA

Los gobernadores y alcaldes son autoridades políticas elegidas por voto popular y constituyen las máximas autoridades administrativas en departamentos y municipios. Como servidores públicos están sujetos a diferentes regímenes de responsabilidad, en virtud de los cuales pueden ser inhabilitados de manera definitiva o temporal para desempeñar empleos de elección popular. Estos regímenes son de naturaleza sancionatoria, como el Derecho penal²⁹ y el Derecho disciplinario³⁰, y de naturaleza indemnizatoria, como la responsabilidad fiscal³¹ y la responsabilidad patrimonial³².

El Derecho penal y la responsabilidad patrimonial del servidor público son en todos los supuestos aplicados por autoridades judiciales vinculadas orgánicamente a la rama judicial. Sin excep-

²⁹ Sanciona la comisión de delitos que lesionan bienes jurídico-penalmente tutelados. Por las sanciones penales surge una inhabilidad perpetua para desempeñar cargos de elección popular, salvo que se trate de delitos políticos o culposos.

³⁰ Sanciona la comisión de faltas disciplinarias que defraudan deberes funcionales. La inhabilidad que surge por las sanciones disciplinarias siempre es limitada en el tiempo.

³¹ Surge por causar daños fiscales en ejercicio de la gestión fiscal. Quien es declarado responsable fiscalmente no puede ocupar cargos públicos hasta no acreditar el pago de la indemnización impuesta a favor del erario.

³² Surge por quien con su conducta causa un daño antijurídico que debe ser indemnizado por una entidad pública. La inhabilidad para desempeñar cargos públicos se mantiene hasta que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

ción, la responsabilidad fiscal y el Derecho disciplinario, salvo para el caso de servidores judiciales, son aplicados por autoridades que ejercen una función administrativa³³. Los jueces penales, las autoridades disciplinarias y las Contralorías pueden ordenar como medida cautelar la suspensión del ejercicio del cargo ocupado por el servidor público mientras duren las investigaciones en su contra.

Desde luego que las sanciones disciplinarias y las declaratorias de responsabilidad fiscal desconocen el estándar convencional de la reserva judicial del sufragio pasivo, desarrollado por la Corte IDH, ya que estas tienen como efecto impedir el acceso y el desempeño de cargos de elección popular. Que sea posible para autoridades administrativas inhabilitar a este tipo de servidores ha sido defendido por la Corte Constitucional con un celo único en las sentencias C-091 de 2022³⁴ y C-030 de 2023³⁵.

El alto tribunal colombiano ha sido criticado por incumplir la convencionalidad al permitir que la Procuraduría General de la Nación pueda decidir la imposición de destituciones, inhabilitaciones y suspensiones de servidores públicos de elección po-

³³ Las Contralorías General de la República, Departamentales y Municipales en casos de responsabilidad fiscal; y la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Municipales y las Oficinas de Control Interno Disciplinario. La Procuraduría tiene competencia privativa para ejercer control disciplinario sobre los servidores públicos de elección popular.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-091 de 2022 (M.P.: Cristina Pardo Schlesinger), consultado en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-091-22.htm>>.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2023 (M.P.: José Fernando Reyes Cuartas y Juan Carlos Cortés González), consultado en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-030-23.htm>>.

pular³⁶. Respecto a la sentencia C-030 de 2023, Quinche Ramírez expresó que³⁷:

Treinta años hablando de Bloque de Constitucionalidad y con el fallo sobre la Procuraduría, la Corte Constitucional (i) patrocina el incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, (ii) se niega a examinar el cargo por violación de la Convención Americana que había admitido y (iii) acepta soslayadamente la doctrina del Tribunal Supremo de Venezuela de “inejecutabilidad” de los fallos de la Corte Interamericana”.

La realidad muestra que la normatividad colombiana exceptiona la reserva judicial en tiempos de legalidad ordinaria para los derechos políticos. Es decir, permite que se restrinja el sufragio pasivo mediante decisiones administrativas. Y no es extraño que también lo haga bajo los estados de excepción. Hay, pues, un déficit de protección jurídica a los derechos políticos, siendo un desafío mayor para los colombianos la insuficiencia de los recursos judiciales para hacer creíble nuestra vida política.

Ahora bien, el artículo 304 de la Constitución de 1991 le asigna al presidente de la República la competencia para destituir y suspender a los gobernadores “en los casos taxativamente señalados por la ley”; y en los mismos términos, el artículo 314 inciso 3° superior lo hace respecto a los gobernadores para destituir y suspender a los alcaldes.

Estas disposiciones prevén con claridad una reserva legal para la destitución y suspensión de las autoridades políticas locales,

³⁶ Consideró que la Sentencia C-030 de 2023 es un ilícito internacional, ver ROA, David y DUARTE, Carlos, *op. cit.*, Capítulo I.

³⁷ Consultado en: <https://www.facebook.com/story.php?story_fbid=pfbid02LkEGhifE8WYH1f4ixNprAiBvKU9bGju7EdmrNp8X6v3jk6ZqGPCTD-Wip52vu1HQKl&id=612207215&sfnsn=scwspwa&mibextid=WOdcs6&paipv=0&eav=Afaitcznyh6bYoEvFv1JbSJZyUfBvZCBWp6uoXAPvp31rh_dNzK1_D9kHSqjGkWPvKk&_rdr>.

por lo que las decisiones administrativas en cabeza del Presidente y gobernadores son absolutamente regladas. Desde luego, solo participan en la ejecución de las inhabilitaciones de estos últimos y de los alcaldes cuando aún están en desempeño del cargo. Presidente y gobernadores tienen la responsabilidad de hacer eficaces las decisiones penales, disciplinarias, fiscales y de responsabilidad patrimonial que se lleguen a adoptar. Esta última competencia está prevista en el artículo 305, inciso tercero, de la Constitución de 1991, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002³⁸.

La Ley 2200 de 2022 amplió esta competencia frente a las suspensiones de las que sean objeto los gobernadores y reguló cómo debía ser la selección del gobernador designado³⁹. Se resalta que la

³⁸ “Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido”.

³⁹ “Artículo 135. Designación de gobernador en caso de falta absoluta o suspensión. Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período constitucional, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el presidente de la República designará un gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido. Acto administrativo que será comunicado a la asamblea departamental.

En los dos eventos anteriores, mientras se designa y asume el gobernador encargado, actuará como tal el secretario de gobierno o quien haga sus veces en el departamento.

(...)

El gobernador designado según el caso, deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del gobernador elegido por voto popular. El gobernador encargado o designado quedará sujeto a la ley estatutaria que regula el voto programático.

En caso de faltas absolutas de gobernadores, el presidente de la República solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato,

fórmula en caso de vacancia absoluta o por suspensión de los gobernadores pasa por mantener la ejecución de su plan de gobierno y de respetar la representación del partido al que él pertenece, al punto que el presidente de la República solo puede designar como gobernador a quien él desee si el partido político del gobernador que no puede continuar en el ejercicio de su cargo se niega a enviar la terna para designar su reemplazo. Ahora bien, el presidente de la República también tiene la misma competencia respecto al alcalde de Bogotá y está regulada en el artículo 323 inciso 5 superior frente a las faltas absolutas⁴⁰, y en caso de suspensión en el artículo 106 inciso 1° de la Ley 136 de 1994⁴¹.

En relación a las faltas absolutas o suspensión de los alcaldes la competencia para proveer su vacante es atribuida a los gobernadores por el artículo 314 incisos 2° y 3° constitucional⁴² y el mismo artículo 106 inciso 1° de la Ley 136 de 1994, con reglas similares.

una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibido de la solicitud no presentaren la terna, el presidente designará libremente”.

⁴⁰ “Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde mayor para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará alcalde mayor para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. Los alcaldes locales serán designados por el Alcalde Mayor de terna enviada por la correspondiente junta administradora”.

⁴¹ “Artículo 106.Designación. El Presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección”.

⁴² “Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un

En conclusión, bajo la legalidad ordinaria, el presidente y los gobernadores son simples ejecutores de decisiones adoptadas por otras autoridades, algunas judiciales y otras administrativas, las que deciden la separación definitiva o temporal de quienes se desempeñan como gobernadores y alcaldes, según lo expuesto.

B) LA COMPETENCIA DEL ARTÍCULO 38 LITERAL K)
DE LA LEY 137 DE 1994 ES UNA ELUSIÓN DE LA RESERVA
JUDICIAL

La Ley 137 de 1994 contiene dos disposiciones que desconocen la reserva judicial para los derechos políticos durante los estados de excepción y que son objeto de estudio en este texto. El primero es la competencia del presidente de la República para suspender a gobernadores y alcaldes, así como que lo hagan los primeros sobre los segundos; y el segundo es el artículo 53, que establece un procedimiento expedito para juzgar disciplinariamente a todo servidor público, incluso los de elección popular, por desconocer las medidas de excepción, y que únicamente puede ser tramitado por la Procuraduría General de la Nación, entidad administrativa⁴³.

El literal k) del artículo 38 de la Ley 137 de 1994 presenta tres características problemáticas para la protección que la CADH otorga a los derechos políticos: i) las hipótesis previstas para la suspensión de gobernadores y alcaldes durante un estado de conmoción interior también están descritas como faltas disciplinarias

alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes”.

⁴³ Para un análisis parcial de este procedimiento, ver Duarte Martínez, Carlos, “La violación de la doble conformidad en el proceso disciplinario especial de los estados de excepción”, en *Derecho penal y criminología*, Bogotá, núm. 118, pp. 299–314, consultado en: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/9154>>.

y delitos; ii) a pesar de esto, se intenta diluir su carácter sancionatorio al presentarlas como medidas administrativas; y iii) se elude la reserva judicial, de modo que no es un juez quien verifica la necesidad y proporcionalidad del retiro temporal de gobernadores y alcaldes durante la conmoción interior. La suspensión ejecutiva así se presenta como una restricción al sufragio pasivo, con menoscabo de las garantías judiciales indispensables.

En efecto, hay una notoria similitud entre las causales de retiro temporal de gobernadores y alcaldes que puede decidir el presidente de la República y las hipótesis para aplicar el procedimiento disciplinario de excepción. La suspensión ejecutiva de dichas autoridades territoriales procede “cuando contribuyan a la perturbación del orden, u obstaculicen la acción de la fuerza pública, o incumplan las órdenes que al respecto emita su superior”, mientras que aquel procedimiento permite juzgar al servidor público que “obstaculice grave e injustificadamente el cumplimiento de las medidas legislativas de excepción o se extralimite en su ejercicio”, quien puede ser destituido y suspendido durante el trámite del mismo.

Hay que resaltar que la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos se configura por la transgresión de los deberes funcionales que los vinculan⁴⁴, como ocurre cuando desconocen prohibiciones, omiten o extralimitan sus funciones, entre otras⁴⁵. Por ende, si gobernadores y alcaldes no acatan las órdenes que emita el presidente de la República, ya sea como legislador de excepción o como suprema autoridad de policía, comprometen

⁴⁴ La doctrina ha dicho que el deber funcional “es un concepto que recoge todas las posibilidades de falta disciplinaria” y alrededor de él gira cada elemento de la falta: la tipicidad se expresa en su desconocimiento formal, la ilicitud sustancial en la transgresión de alguno de los principios de la función pública y la culpabilidad en el vínculo subjetivo que debe haber en el autor de la falta, ver PINZÓN, John Harvey, *La ilicitud sustancial en el Derecho disciplinario*, Bogotá, Ibáñez, 2018, p. 43.

⁴⁵ Ver artículo 26 de la Ley 1952 de 2019.

su responsabilidad disciplinaria y mucho más si promueven alteraciones al orden público que den lugar al estado de conmoción interior o impiden el retorno a la normalidad institucional. Asimismo, las hipótesis de suspensión temporal de gobernadores o alcaldes se pueden relacionar con delitos como la rebelión, la asonada, el prevaricato, el daño a bien ajeno o la violencia contra servidor público.

Se está ante una multiplicidad de consecuencias jurídicas: una misma conducta de un gobernador o alcalde durante un estado de conmoción interior podría configurarse como un delito, una falta disciplinaria y como una causal para ser suspendido. Sin embargo, la suspensión ejecutiva del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 es configurada como una medida administrativa en la que se restringen los derechos políticos de los gobernantes y de los sufragantes que se ven reflejados en los actos de gobierno, con la promesa de superar el orden público turbado y regresar a la normalidad, sin que ningún juez de la República pueda de manera previa definir la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de dicha medida.

Es importante recordar también que el artículo 303 de la Constitución de 1991 califica a cada gobernador como “agente del presidente de la República para el mantenimiento del orden público”, tanto en tiempos de paz como durante los estados de excepción. El artículo 315 N°2 superior también señala que los Alcaldes deben conservar el orden público “de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo Gobernador”. El desarrollo dado por el artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 lleva a que exista una relación vertical entre alcaldes y gobernadores respecto al presidente durante la conmoción interior, lo que permite que los primeros puedan ser separados temporalmente de sus cargos.

En la medida en que la suspensión del cargo es una situación administrativa del empleado público, los decretos por medio de los cuales se suspenda temporalmente a gobernadores y alcaldes en desarrollo de la competencia del artículo 38 literal k) de la Ley

137 de 1994 hacen que no tengan naturaleza legislativa sino administrativa. En concreto, estos decretos administrativos vienen a estar amparados bajo el decreto legislativo por medio del cual el presidente de la República, junto con sus ministros, declara el estado de conmoción interior.

En atención a lo expuesto en la introducción de este texto, los decretos de suspensión de gobernadores y alcaldes expedidos en virtud del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 son objetos de control inmediato de legalidad ante el Consejo de Estado y tribunales administrativos, autoridades judiciales de lo contencioso-administrativo. Este medio de control está regulado en los artículos 136⁴⁶ y 185⁴⁷ de la Ley 1437 de 2011 y de su trámite se

⁴⁶ “Artículo 136. Control inmediato de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento”.

⁴⁷ “Artículo 185. Trámite del control inmediato de legalidad de actos. Recibida la copia auténtica del texto de los actos administrativos a los que se refiere el control inmediato de legalidad de que trata el artículo 136 de este Código o aprendido de oficio el conocimiento de su legalidad en caso de inobservancia del deber de envío de los mismos, se procederá así:

1. La sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Magistrados de la Corporación y el fallo a la Sala Plena.
2. Repartido el negocio, el Magistrado Ponente ordenará que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo. Adicional-

debe destacar que: (i) es de oficio, por lo que no hay una demanda como tal, (ii) no suspende la ejecutoria del acto objeto de control, por lo que las órdenes que judicialmente se lleguen a adoptar se cumplen en el efecto devolutivo, (iii) tiene por finalidad la protección del ordenamiento jurídico en sentido abstracto, más allá si se controlan actos de contenido particular, (iv) la participación de los afectados directos de los actos controlados no es obligatoria y si deciden acudir a él lo hacen en igualdad de condiciones a cualquier interesado en general, (v) no tiene un término probatorio propiamente dicho, (vi) la sentencia se emite en única instancia, no hay posibilidad de recurrir lo que se decida y (vii) lo que se resuelva hace tránsito a cosa juzgada.

Tal diseño no permite que ese control inmediato de legalidad cumpla con el estándar del recurso judicial efectivo regulado en los artículos 8, 23.2 y 25 de la CADH frente a la suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes bajo los estados de conmoción interior, por varias razones: (i) el Consejo de Estado o los tribu-

mente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3. En el mismo auto que admite la demanda, el Magistrado Ponente podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito su concepto acerca de puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, dentro del plazo prudencial que se señale.

4. Cuando para la decisión sea menester el conocimiento de los trámites que antecedieron al acto demandado o de hechos relevantes para adoptar la decisión, el Magistrado Ponente podrá decretar en el auto admisorio de la demanda las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días.

5. Expirado el término de la publicación del aviso o vencido el término probatorio cuando este fuere procedente, pasará el asunto al Ministerio Público para que dentro de los diez (10) días siguientes rinda concepto.

6. Vencido el traslado para rendir concepto por el Ministerio Público, el Magistrado o Ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada al Despacho para sentencia. La Sala Plena de la respectiva Corporación adoptará el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional”.

nales administrativos apenas intervienen luego de que el ejecutivo impone la restricción del derecho subjetivo al sufragio pasivo de aquellos gobernantes, (ii) estos como posibles víctimas de violación a los derechos humanos no tienen un rol procesal dentro del trámite judicial y (iii) si se emite una decisión desfavorable, no la pueden recurrir.

Por ende, se puede concluir que con el control inmediato de legalidad no cumple con las garantías judiciales indispensables para los derechos políticos, en los términos del artículo 23.2 de la CADH.

Se resalta que el artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 prevé que el reemplazo de los gobernadores y alcaldes sea: (i) una autoridad civil, lo que excluye la posibilidad de que el mando político en Departamentos y Municipios sea asumido por militares y (ii) se haga “según los procedimientos y las causales que se establezcan”, disposición que debe interpretarse en el sentido de que la designación siga las reglas existentes en la legalidad ordinaria: terna enviada por los partidos a los que pertenecen los gobernantes suspendidos.

C) LA SENTENCIA C-179 DE 1994

El artículo 241 N°8 de la Constitución de 1991 prevé que la Corte Constitucional ejerce sobre las leyes estatutarias un control previo de constitucionalidad a fin de que las disposiciones que sean contrarias a la norma superior no puedan llegar a entrar en vigencia. La Ley 137 de 1994 es una ley estatutaria y respecto a ella el alto tribunal colombiano se pronunció en la sentencia C-179 de 1994 y, respecto a lo que se ha estudiado en estas líneas, dijo lo siguiente:⁴⁸:

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994 (M.P.: Carlos Gavi-
ría Díaz), consultado en: <[https://www.corteconstitucional.gov.co/
relatoria/1994/C-179-94.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-179-94.htm)>.

Los ciudadanos Rafael Barrios Mendivil y Alirio Uribe Muñoz piden la declaratoria de inexecutable de este literal por violar los artículos 277-6, 304 y 314 de la Carta, porque la facultad de sancionar a los funcionarios públicos citados, le compete al Procurador General de la Nación. Agregan también, que la norma permite la arbitrariedad al no contener los casos que dan lugar a la imposición de tales sanciones.

Por otro lado, los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo y José Manuel Barreto consideran que el aparte del literal transcrito que dice: “u obstaculicen la acción de la fuerza pública” contraviene los artículos 150-3-4-5 y 315-2 de la Carta, por impedir que los mandatarios seccionales o locales se opongan a operativos militares o policiales so pena de ser suspendidos, quedando entonces subordinados a los comandantes del ejército o la policía de su jurisdicción, siendo que por mandato constitucional la fuerza pública está subordinada a las autoridades civiles y no lo contrario.

Y erran los intervinientes citados en sus argumentaciones, pues si bien es cierto que en el numeral 6o. del artículo 277 de la Constitución se asigna a la Procuraduría General de la Nación, la facultad de “ejercer preferentemente” el poder disciplinario sobre la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, cualquiera que sea su denominación (trabajadores oficiales, empleados públicos, funcionarios públicos, servidores públicos, etc.), no es menos cierto que es la misma Carta la que autoriza al Presidente de la República, para que “en los casos taxativamente señalados por la ley” suspenda o destituya a los gobernadores (art. 304 C.N.), e idéntica atribución se les confiere no solamente al Presidente de la República sino también a los gobernadores en relación con los alcaldes, tal como se lee en el artículo 314 ib.

En consecuencia es la misma ley, pues los decretos legislativos lo son en sentido material, la que debe de determinar los casos que dan lugar a la suspensión de los gobernadores y alcaldes que contribuyan a la perturbación del orden público, obstaculicen la acción de la fuerza pública o incumplan las órdenes que emita su superior, (gobernador y Presidente de la República), para lo cual deberá se-

ñalar el procedimiento aplicable que, como es obvio, respetará el debido proceso, permitiendo que los servidores públicos citados, puedan ejercer su defensa.

Ahora bien, el manejo del orden público, le fue atribuido al Presidente de la República en su condición de Jefe de Estado, de Gobierno, y como Suprema Autoridad Administrativa, tal como aparece consagrado en el numeral 4o. del artículo 189 de la Constitución, que dice: “Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado”.

Si los gobernadores y alcaldes son agentes del Presidente de la República para la conservación del orden público en su respectivo territorio, es obvio que se les exija mayor prudencia, cuidado y colaboración para su restablecimiento, además de que tienen la obligación de cumplir todos los actos y órdenes que expida dicho funcionario con tal fin, los cuales son de aplicación inmediata y se preferirán sobre los de los gobernadores, cuyos actos y órdenes se aplicarán de igual manera, y con los mismos efectos, en relación con los de los alcaldes, tal como lo prescribe el artículo 296 de la Ley Suprema.

(...)

Por tanto, el literal k) del artículo 38 del proyecto de ley que se revisa, será declarado exequible, por no contrariar ninguna norma constitucional.

El lector atento puede advertir que la postura de Rafael Barrios Mendivil y Alirio Uribe Muñoz pasa por exigir que toda suspensión sea decidida con fundamento en el Derecho disciplinario que aplica la Procuraduría General de la Nación, aunque no defiende la reserva judicial a los derechos políticos. Atar la suspensión de gobernadores y alcaldes durante los estados de conmoción interior a los fundamentos del Derecho disciplinario fue la propuesta de estos ciudadanos para evitar que se adoptaran decisiones arbitrarias, tesis que es apoyada por quien escribe estas líneas.

Los argumentos de la Corte se articulan en dos pilares: (i) el presidente es jefe del orden público y los gobernadores y alcaldes

son sus agentes, y (ii) el texto superior le autoriza a suspenderlos en los supuestos previstos en la ley, condición material que tiene el decreto legislativo que declara el estado de conmoción interior. Por ende, la suspensión temporal del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 desarrolla el propósito de recuperar el orden público y salir del estado de excepción.

Es notable también que la Corte Constitucional no analice si la disposición legal cumple con la reserva judicial, no contraste la norma objeto de control frente a los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH. El alto tribunal al ejercer el control previo de constitucionalidad debe analizar la norma objeto de control frente a todas las normas que son parámetro de constitucionalidad, entre ellas los tratados internacionales que no autoricen la suspensión de derechos humanos, según el artículo 93 N°1 constitucional, como lo es el artículo 27.2 de la CADH.

Tal vez lo anterior se explica en que la Corte Constitucional solo a partir de la sentencia C-225 de 1995 empezó a desarrollar la idea del bloque de constitucionalidad, como herramienta para incorporar el Derecho internacional al orden interno colombiano⁴⁹. Y aunque para la época esta disposición internacional no había sido aplicada por la Corte IDH en casos contenciosos, sí había sido interpretada en diferentes opiniones consultivas que debieron ser analizadas por la Corte Constitucional para determinar la validez del artículo 38 literal k) de la ley 137 de 1994.

Esta omisión de la Corte Constitucional lleva a que hoy sea válida la suspensión temporal de gobernadores y alcaldes durante los estados de conmoción interior.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995 (M.P.: Alejandro Martínez Caballer). Consultado en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>>.

D) LA INTERPRETACIÓN CONFORME COMO SOLUCIÓN PARA HACER COMPATIBLE AL ARTÍCULO 38 LITERAL K) DE LA LEY 137 DE 1994 CON LA CONVENCIÓN AMERICANA

La interpretación hecha por la Corte Constitucional al artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994, al no incorporar las disposiciones convencionales relevantes, es incompleta. Por ende, es necesario explorar alternativas para asegurar los estándares convencionales de los derechos políticos durante el estado de conmoción interior.

Se considera que no es necesaria la derogación de la disposición legal que ha sido objeto de análisis en este escrito, debido a que la suspensión de un empleo público es una restricción a un derecho político, admisible incluso en tiempos de legalidad ordinaria. Pero sobre todo, porque es posible reinterpretarla para que sea conforme al estándar de la reserva judicial de los derechos políticos durante la excepcionalidad.

Las disposiciones de Derecho interno deben interpretarse conforme a los contenidos convencionales, lo que es imperativo para todas las autoridades de los Estados parte de la CADH, especialmente sus jueces. Si el estado de conmoción interior busca superar exitosamente las alteraciones graves del orden público para que sea posible vivir en una normalidad en donde el disfrute de los derechos humanos sea casi que una regla sin excepción.

La reserva judicial impide que el presidente y los gobernadores puedan motivar y decidir los casos particulares en que estos últimos y los alcaldes deben ser suspendidos durante la conmoción interior. No pueden estas autoridades administrativas definir que estos servidores públicos de elección popular contribuyen con la perturbación del orden público que motivó el estado de conmoción interior, ni que obstaculizan el accionar de las fuerzas públicas, ni que desacatan las decisiones del presidente de la República y resulta necesario y proporcional separarlos del cargo.

Solo los jueces pueden separar de sus cargos a gobernadores y alcaldes durante los estados de conmoción interior. Ese es el contenido normativo de los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH. Y en

atención a que la importancia del juez radica en que pueda decidir los casos bajo su conocimiento desde las razones que el Derecho le brinda, sin presiones de autoridades externas o internas, la racionalidad jurídica construida dentro de la legalidad ordinaria entorno al Derecho penal y al Derecho disciplinario para restringir los derechos políticos, como es el sufragio pasivo, debe guiar la suspensión temporal de los gobernadores y alcaldes del ejercicio de su cargo. Los elementos y fundamentos de la responsabilidad penal y disciplinaria les aseguran a los jueces que sus decisiones sean idóneas, necesarias y proporcionales frente a conductas de servidores públicos de elección popular que van en contra de la recuperación del orden público.

De modo que frente a esas conductas, el presidente de la República puede realizar actividades que son compatibles con los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH. En el ámbito penal es posible durante un estado de excepción, por ejemplo, que el presidente de la República autorice realizar capturas sin orden judicial. Por esta vía puede llevar, con el concurso de la Fiscalía General de la Nación, ante jueces penales a los gobernadores y alcaldes cuyas conductas se subsuman en las hipótesis del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994, para que dentro de un proceso penal ordenen como medida de aseguramiento la separación de sus cargos.

Igualmente, si el presidente de la República se hace de pruebas que demuestren que gobernadores y alcaldes realizan las conductas reprochadas en el artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994, puede acudir ante la autoridad judicial disciplinaria competente para que ella verifique si es posible tramitar el procedimiento del artículo 53 *ibidem*, en el que los suspenda de manera provisional mientras culmina. Que hoy esa autoridad sea la Procuraduría General de la Nación hace que inevitablemente también se viole la reserva judicial al sufragio pasivo.

Así las cosas, el presidente de la República en los del estado de excepción solo puede suspender a gobernadores y alcaldes por orden judicial.

