

Las Garantías Judiciales y los Derechos Políticos en el Proceso Disciplinario Colombiano contra funcionarios de Elección Popular

The Right to a Fair Trial and Governmental Participation in Colombian Disciplinary Procedures against Elected Officials



Alcides Peña Sánchez¹, Andrés Soto Barrios² & Diego Cardona Arbeláez³
Universidad Libre de Cartagena - Colombia

Para citaciones: Peña Sánchez, A., Soto Barrios, A., & Cardona Arbeláez, D. (2023). Las Garantías Judiciales y los Derechos Políticos en el Proceso Disciplinario Colombiano contra funcionarios de Elección Popular. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 15(30), 417-441. <https://doi.org/10.32997/10.32997/2256-2796-vol.15-num.30-2023-4256>

Recibido: 14 de noviembre de 2022

Aprobado: 10 de marzo de 2022

Editor: Jorge Payares Bossa. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2023. Peña Sánchez, A., Soto Barrios, A., & Cardona Arbeláez, D. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

La jurisdicción disciplinaria, en específico la competencia de la Procuraduría General de la Nación (PGN) en el *ius puniendi* colombiano, y la tradición procedimental disciplinaria, interpretada por la jurisprudencia de los procesos sancionatorios en Colombia, *prima facie* se encuentra en armonía con la normativa interamericana. No obstante, revisándose detalladamente sentencias internas e internacionales en donde se establece el alcance de la inhabilitación y destitución por la PGN en su poder preferente disciplinario, los controles de constitucionalidad, legalidad, convencionalidad de sus habilidades expuestas en el marco jurisprudencial nacional e internacional y analizando las estadísticas sobre funcionarios públicos elegidos popularmente suspendidos, destituidos e inhabilitados por procuradores, es evidente que existe una discordia institucional entre las corporaciones del ordenamiento jurídico interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Habiéndose establecido la regla jurisprudencial cuando produjo el efecto de cosa juzgada constitucional en el 2006, se determinó la interpretación de la norma y sus implicaciones. Si bien fueron actualizadas, los vacíos pendientes y cuestiones surgentes se pueden convertir en lagunas de impunidad, por lo cual se aproximará la realidad normativa disciplinaria en Colombia dos años después del Caso Petro Urrego Vs. Colombia.

Palabras clave: *ius puniendi*; garantías Judiciales; derechos políticos; proceso disciplinario; elección popular.

ABSTRACT

At first glance, the competence of the PGN in the disciplinary jurisdiction and its procedural tradition interpreted in the Colombian *ius puniendi* jurisprudence, is in harmony with the international legal standards. Nevertheless, after looking through the national and international decisions that determine the reach of the Ministerio Público, in their preferential disciplinary power to enforce suspensions, destitutions, or disqualifications, within the respective constitutional, legal, and

¹ Abogado y Contador Público. Magister en Contabilidad y Especialista en Derecho Administrativo. Docente de la Universidad Libre de Cartagena. alcidesd.penas@unilibre.edu.co

² Estudiante de Derecho de la Universidad Libre de Cartagena. Andresf-sotob@unilibre.edu.co

³ Docente de La Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre. diegoa.cardonaa@unilibre.edu.co

conventional parameters, as well as diving in the suspensions, destitutions, and disqualifications statistics of democratically elected public servants by the competent functionary, the institutional discord between the high courts in Colombia and the Interamerican Court of Human Rights (CIDH) is evident. Having a judicial precedent in existence, fruit of the 2006 Constitutional Court's ruling, where the constitutional *res iudicata* effect determined the criteria in the legal interpretations on the same matter. Even though the legal interpretation is up to date, the legal loopholes could become an impunity valley in the upcoming cases, reason the current normative reality will be approximated in the Colombian disciplinary law, two years after the reflections in the 2020 InterAmerican precedent, *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*.

Keywords: *ius puniendi*; Judicial guarantees; political rights; disciplinary process; popular election.

INTRODUCCIÓN

La constitucionalización de los diferentes ámbitos especializados del derecho le permite al ordenamiento jurídico de un estado obtener una eficacia material con una tutela judicial optimizada como efecto de su formalización en lo más alto de la jerarquía del derecho positivo. Como lo son los principios que efectivizan la función pública, que se desprenden del Artículo 209 de la Constitución Política, los cuales orientan su ejercicio por quien haya sido delegado la relación especial de sujeción en nombre del Estado titular en el cumplimiento de las exigencias constitucionales y legales sin extralimitación alguna en la realización de su deber funcional según el Artículo 6 *ibidem*, so pena de incurrir en responsabilidad disciplinaria.

A nivel constitucional, la PGN es un organismo de control que debe salvaguardar la moralidad pública con una vigilancia efectiva de la función pública. Por eso, y por la competencia legal, la conducta de una persona que tenga la relación especial de sujeción que se adecúe a norma subjetiva de determinación preestablecida como falta disciplinaria sin justificación y con culpabilidad, que se configure en una destitución, inhabilitación, o hasta suspensión, aquella es la competente para condenar en proceso disciplinario que restringe derechos políticos para evitar que se continúe perjudicando sustancialmente la efectividad del funcionamiento estatal, causando nuevos daños macroeconómicamente catastróficos. A nivel externo, la Corte IDH considera que aquella restricción no es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

El 8 de julio de 2020, el Estado de Colombia fue condenado a pagarle \$108.000.000 C.O.P. al exsenador Gustavo Petro, quien, fungiendo como alcalde de Bogotá D. C. fue luego destituido e inhabilitado por 15 años⁴ por la

⁴ Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación (PGN), el 9 y el 13 de diciembre del 2013 de la Sala extraordinaria no. 57

PGN en perjuicio de sus derechos políticos y garantías judiciales en conexidad con las obligaciones positivas y negativas (Artículo 1.1 de la CADH) como la incompatibilidad del ordenamiento jurídico interno con el internacional (Artículo 2).

La Corte IDH conceptuó que la sanción había procedido sin previamente haber sido **condenado** mediante un **proceso penal** por un **juez competente**.

Como misión, se busca precisar la compatibilidad, o no, de las exigencias nacionales del debido proceso en las destituciones e inhabilitaciones realizadas por la PGN en el marco sustantivo y procesal del derecho disciplinario colombiano con las exigencias convencionales ratificadas por el Estado, específicamente aquellas expresadas en el Artículo 8.1 y 8.2.d. y 23 en conexidad con el 1.1 de la CADH, según la cual las decisiones en los procesos disciplinarios que limiten los derechos políticos de un funcionario público de elección popular deben ser impuestas por un juez competente que imponga faltas disciplinarias mediante condena con las garantías judiciales de un proceso penal mientras se cumpla con todas las implicaciones del deber internacional de desplegar todos los mecanismos para combatir la lucha contra la corrupción.

Ya que, en cumplimiento de los principios democráticos, el pueblo soberano puede suscribir tratados y convenios internacionales para asegurar la universalidad de los principios generales del derecho, como lo es el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, asegurados por la observancia de los principios funcionales del Derecho Administrativo y el debido proceso, para legislar lo permitido mediante su respectivo proceso legislativo.

En el caso del Estado Colombiano, el Legislador ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción mediante la Ley 970 de 2005, en la cual con la articulación de las disposiciones 6.1, 6.2, 7.2 y 7.3 presuponen la obligación internacional de garantizar independencia en los órganos estatales que deberán aplicar las medidas para una debida prevención, supervisión y fiscalización de la función pública, por medio de la legislación y la administración, independiente de las diferentes ramas del poder público, como la PGN.

Sumado a aquello, tendría que tenerse en cuenta el efecto vinculante de las adecuaciones que ha realizado el legislador colombiano en dicha materia mediante Ley 1952 de 2019, actualizada por la Ley 2024 de 2021 y el intérprete constitucional en el Expediente D-14503 de 16 de febrero de 2023, en virtud de darle conformidad a las obligaciones internacionales adquiridas como efecto del control de convencionalidad en el caso Petro Urrego Vs. Colombia de la Corte IDH, otras sentencias del organismo jurisdiccional multilateral y las apreciaciones de las Altas Cortes internas.

Pregunta Problema

Por lo tanto, a partir de lo planteado, surge la pregunta problema.

¿Cuál ha sido la evolución de la protección de las garantías judiciales y los derechos políticos en el proceso disciplinario colombiano contra funcionarios de elección popular?

Metodología

En el siguiente aporte científico de tipo mixto con un enfoque socio jurídico, se realizaron una serie de análisis cualitativos, que empiezan desde un concepto general para luego enfocarlo en circunstancias específicas, brindando una perspectiva desde su óptica respectiva, en un sentido deductivo-inductivo.

Por medio del método hermenéutico se iluminaron las diferentes interpretaciones al espíritu del legislador en su intención y finalidad, como a su vez los conceptos emitidos por los diferentes altos tribunales, con el propósito de exponer la substancia en la tensión convencional que ha flotado a la superficie constitucional, al conocerse las responsabilidades y obligaciones en la audiencia del caso Petro vs. Colombia.

Deconstruyendo casos específicos, es viable una construcción de la realidad jurídica objetiva, en la cual se expone el alcance de la PGN y sus delegados para destituir e inhabilitar a funcionarios públicos elegidos popularmente mediante sus facultades constitucionales y legales. Mediante el análisis normativo constitucional, legal y convencional se presenciara la tesis plausible por medio de la aducción de las reglas específicas planteadas sobre los conceptos encontrados en los casos particulares, la cual será inferida mediante fundamentos en derecho obtenidos en posiciones opuestas de la Corte IDH actual por sus precursores, además de sus diferencias con las altas cortes colombianas y las estadísticas que cuantifican la necesidad de la PGN en la lucha contra la corrupción.

Resultados

El estudio cuantitativo se les hizo a las estadísticas de campo proporcionadas por ONG's a cargo del seguimiento y verificación de la lucha contra la corrupción, en el cual se buscó interpretar tendencias y anomalías en los números obtenidos de la investigación para poder proponer discusiones y soluciones. Mediante la recolección de datos públicos y el cálculo del porcentaje de los funcionarios públicos elegidos popularmente inmiscuidos en actos de corrupción, los que han sido destituidos o inhabilitados, se hará visible la necesidad social de las funciones jurídicas sancionadoras del Ministerio Público revisadas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Figura I.



FUENTE: Datos Monitor Ciudadano (2016-2018).

Fuente: Así se mueve la Corrupción. 2016-2018. Pág. 15

El 81% de la carga de corrupción sancionada a los servidores públicos está establecida en el régimen municipal entre los alcaldes y concejales electos. Según reporta la ONG Transparencia por Colombia en un informe con el nombre, "Así se Mueve la Corrupción", especifica que, "El 69% de los actores individuales involucrados en los hechos de corrupción registrados por la prensa son servidores públicos", el 30% de la corrupción central fue cometida por funcionarios de elección popular y el 39% "fueron adscritos temporalmente a entidades públicas". En cuanto al aspecto colectivo de la corrupción la preocupación se encuentra en las empresas que tienen el 74%, "(...) seguidas de instituciones prestadoras de salud (15,9%), consorcios (9,1%) y uniones temporales (2,3%)". (Hernández, 2019)

Tabla I. Estadísticas de sanciones disciplinarias por tipos y funcionarios disciplinados

Sanciones PGN 2017 - 2020. Elección Popular						
Sanción	Año				Total x Sanción	Porcentaje
	2017	2018	2019	2020		
Suspensión	220	171	207	81	679	62,1%
Destitución E Inhabilidad General	39	61	61	41	202	18,5%
Amonestación Escrita	15	34	40	3	92	8,4%
Suspensión E Inhabilidad Especial	19	27	35	10	91	8,3%
Multa	3	1	25	1	30	2,7%
Total x Año	296	294	368	136	1094	100,0%

Sanciones PGN 2017 - 2020. Elección Popular. Por Cargo						
Cargo	Año				Total x Cargo	Porcentaje
	2017	2018	2019	2020		
Alcalde	138	140	210	62	550	50,3%
Concejal	156	128	151	72	507	46,3%
Diputado	1	18	1	1	21	1,9%
Gobernador	1	5	4	0	10	0,9%
Edil	0	0	2	1	3	0,3%
Representante a La Cámara	0	2	0	0	2	0,2%
Edil-Jai (Dif. Bogotá)	0	1	0	0	1	0,1%
Total x Año	296	294	368	136	1094	100,0%

Fuente: Procuraduría General de la Nación

Fuente: Funcionarios Destituídos por la Procuraduría. El Nuevo Siglo 2020.

El 96,6% de las sanciones disciplinarias a servidores públicos han sido en la esfera distrital también, entre alcaldes y concejales nuevamente. Mientras que, aquellas que restringen los derechos políticos, un 62,1% han sido suspensiones y un 18,5% han sido de destituciones e inhabilitaciones según el informe del Ministerio Público del 19 de agosto del 2020 que le facilitó a la fuente periodística titulada, “El Nuevo Siglo”, en donde incluyen el número de servidores públicos de elección popular que han sido suspendidos (679), y destituidos y/o inhabilitados (202) por la PGN desde el 2017 hasta Julio del 2020.

Las decisiones en derecho del órgano multilateral tienen que ser incorporadas en el ordenamiento jurídico interno conforme al artículo 2 de la CADH titulado, “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”, convenio de DDHH al cual Colombia se ha suscrito, creando fuerza vinculante. El Estado entonces sería responsable, no únicamente de adecuar las normas internas para asegurar compatibilidad, sino que la condena en el precedente interamericano, *Petro Urrego Vs. Colombia*, se deberá respetar en todos los casos que encajen en esta línea jurisprudencial en atención a los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica y coherencia del sistema jurídico dentro de un modelo de estado neoconstitucionalista con un sistema relativo de jurisprudencia como el colombiano (Ángulo & Polanco, 2022), cuando se realice el respectivo control de convencionalidad difuso, a menos que el funcionario se aparte del precedente vinculante con razones justificadas como es, lo cual presupone un gasto público catastrófico en la reparación obligatoria de los funcionarios cuyos derechos políticos sufrieron perjuicios.

Antecedentes

En el momento del juzgamiento, el exalcalde había acumulado cinco diferentes procesos sancionatorios. Dos procesos disciplinarios, dos procesos fiscales y uno administrativo. En la sentencia T-066/15, la Corte analizó las medidas cautelares solicitadas por la CIDH y determinó que la Comisión no contempló las condiciones fácticas del caso del exalcalde, ya que la Registraduría Nacional tenía que convocar al Pueblo como obliga el artículo 40 de la Constitución Política. La Corte ordenó mediante plebiscito conforme con el artículo 67 de la Ley 134 de 1994, para que democráticamente se resolviera la revocatoria del servidor público, ya que la destitución disciplinaria había interrumpido el proceso de revocatoria de mandato en la Registraduría Nacional, que buscaba la destitución del alcalde mediante uno de los mecanismos democráticos de participación ciudadana constitucionales. De acuerdo con la misma sentencia, el intérprete Constitucional distinguió las finalidades entre el proceso disciplinario y la revocatoria de esta manera,

Entre tanto, el proceso disciplinario tiene como finalidad ejercer un juicio sobre el desempeño de funciones públicas, aunque dicho juicio se ejerce con el fin de sancionar el incumplimiento de los principios de la función administrativa, (...)En la revocatoria el juicio es de carácter político, y

busca garantizar que los gobernantes representen la voluntad de la ciudadanía, mientras en el proceso disciplinario el juicio es jurídico, y persigue la realización de principios objetivos de la función pública.⁵ (Corte Constitucional, 2015)

Al haber admitido la tutela, la Corte ordenó a la Registraduría Nacional a realizar la reapertura del proceso de revocatoria de mandato, ya que al ser un mecanismo de participación ciudadana su naturaleza es política, mientras que la naturaleza de un proceso disciplinario es jurídica.

Después de la sanción impuesta al exalcalde por la PGN, se trataron de interponer cientos de tutelas declaradas improcedentes por violar el principio de subsidiaridad. Estableciendo que, la acción idónea para subsanar cualquier inconstitucionalidad o ilegalidad de un acto administrativo era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Hecho que finalmente motivó a la Corte Constitucional a unificar el dilema jurídico sobre cuándo se trata la falta de eficacia e idoneidad de un mecanismo para que justifique la no satisfacción del principio de subsidiaridad. En aquella, la H. Corte recoge unos principios de criterios de razonabilidad pautados en la Sentencia SU-712 de 2013, en la que se advierte que la tutela y ciertas acciones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son excluyentes, destacando el criterio razonable de procedencia referente a la falta de idoneidad cuando los mecanismos o recursos no sean idóneos, como cuando no sean lo “(...) *suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.* (...)”. (SU-355/15).

Recordemos que la destitución causó, además de las medidas cautelares a su favor, la necesidad de realizar un control de convencionalidad difuso al cabo de la misma administradora de justicia para obedecer las recomendaciones de la CIDH al Estado Colombiano en el caso Petro, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Finalmente, el entonces exalcalde fue legitimado nuevamente al ser justificado por votos y el Consejo de Estado había resarcido completamente los daños y perjuicios, o por lo menos eso creíamos en el 2017⁶.

En dicho control, el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo afirmó las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional sentadas en la Sentencia C-952 de 2002, dándole la interpretación normativa de la **cosa juzgada constitucional** que se acogió en el precedente C-028 de 2006, para darle el alcance normativo de la compatibilidad del ordenamiento jurídico interno con el artículo 23 de la CADH en las destituciones e inhabilitaciones de los funcionarios de elección popular cuando cometan faltas gravísimas o faltas

⁵ T-066/15. Tutela interpuesta por el sr. Pedro Laureano Rincón Zamora en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil por la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, petición, a elegir y ser elegido entre otros por no haber convocado a la ciudadanía a voto para decidir si revocaban al alcalde de la ciudad de Bogotá, por el cual la Corte resolvió por imponerle a la entidad pública que se sometiera a voto.

⁶ Palomino Cortés, César. “Radicado 11001032500020140036000.” *Consejo De Estado*, Procuraduría General De La Nación.

con culpa gravísima en actos de corrupción sin revisión obligatoria por el Consejo de Estado.

Análisis Jurisprudencial Colombiano

Partiendo de las diferentes posturas de las corporaciones, desde que la Corte Constitucional, en su diálogo interno histórico, en donde en su último pronunciamiento tomó la postura de excluir la naturaleza jurisdiccional de la PGN como un organismo con jurisdicción transitoria, al afirmar que *“las funciones disciplinarias que ejerce la Procuraduría General de la Nación son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.”* (Corte Constitucional, 2023).

Significando aquello entonces, que se le da un tratamiento diferente del que se le da a los procesos sancionatorios que otras autoridades realizan, tales como lo son los de las superintendencias o el Congreso, que según el mismo Artículo 116 superior establece que tiene conforme a la teoría de los equivalentes jurisdiccionales aplicados en función del principio democrático de la descentralización.

En contraste, una interpretación más útil sería que, dado que en Colombia los que ejercen la jurisdicción no son solo los jueces, motivo por el cual, entre los principios de supremacía constitucional Art. 4 *Superior* y la colaboración armónica entre las ramas del poder público, se encuentra la PGN, quien debería tener investidura jurisdiccional excepcional (Art. 113, 116 *Superiores*) y la obligación de, “desvincular” y “sancionar” (277.6 y 278.1 *Superior*) a los funcionarios públicos elegidos popularmente.

La H. Corte recientemente le dejó la facultad sancionadora igual que estaba desde la modificación de la Ley 2094 de 2021, cuando la ejecución de aquella queda suspendida hasta que decida el órgano de los Contencioso Administrativo, solo que “ya no tiene jurisdicción.” (Corte Constitucional, 2023), pero aun así, siguen administrando justicia, ya que son quienes investigan y juzgan mediante el poder preferente disciplinario, solo que su decisión ahora es revisada y aparentemente no tienen jurisdicción.

Desde un lente teleológico, mediante el proceso constituyente y legislativo, es pertinente entonces, responder la siguiente cuestión, ¿Quiénes son los jueces competentes en Colombia? En Colombia, los jueces son los que El Pueblo soberano haya investido permanente o transitoriamente para administrar justicia sobre casos específicos, en un determinado territorio, ya sea por vía primaria o secundaria, o lo que es lo mismo, por vía constitucional o legal. La jurisdicción emana de la Constitución, y precisada en la Ley, mientras que, la competencia la otorga la ley generalmente, que es donde encontramos los asuntos que le competen a dicho funcionario conocer y resolver sobre cada caso de estudio.

La Constitución colombiana contiene los equivalentes jurisdiccionales, que son aquellos con una investidura jurisdiccional transitoria, de tal manera que, en la misma situación de la Procuraduría en Colombia, estarían las superintendencias, los conciliadores, árbitros, el Congreso, por mencionar algunos. Una afirmación certera es que, ellos no son jueces de la República, pero otra también certera es que sí administran justicia, razón por la cual ejercen la jurisdicción transitoria consagrada en el Art. 116, y al estar consagrada la competencia de la PGN en la Constitución y Ley, se podría decir que es el juez competente por excelencia en asuntos disciplinarios, conforme a aquella definición tradicional de la función pública de administrar justicia.

Bajo ese presupuesto, en contravía a la decisión del 16 de febrero del 2023, la tensión de la expresión del “juez competente” debería salir de la conversación, ya que la procuraduría debería tener la facultad jurisdiccional de acuerdo a una interpretación evolutiva, sistemática y teleológica del Artículo 23 de la CADH a la luz de la Constitución Política de Colombia tal como la tienen los organismos no judiciales. Además, también se encuentra organizada con mayor detalle en la Ley Estatutaria de Justicia, Ley 270 de 1996, a la vez que la tiene el Consejo de Estado como órgano armonizador del derecho administrativo disciplinario colombiano, siendo el más alto tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no un “juez penal” necesariamente, pero haciendo parte del derecho sancionador del Estado, salvaguarda todos los principios y derechos constitucionales y legales en el control jurisdiccional las nulidades y revisión de dichas sanciones disciplinarias contra funcionarios de elección popular mediante acto administrativo.

Ius puniendi

En Colombia, el derecho punible del Estado va más allá del derecho penal, así lo describe el intérprete absoluto de la constitución, cuando incluye en la estructura del derecho sancionador, el *ius puniendi*, cuatro especies diferentes en las que se puede ver reflejado la formación del derecho sancionador cuando la Corte Constitucional de Colombia dice que hay, “(...) al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado corresponden al denominado derecho administrativo sancionador.” (Corte Constitucional, VI.4, 2005).

Es decir, la jurisprudencia interna del derecho sancionador del Estado reconoce la competencia sancionadora del derecho correccional, disciplinario y contravencional por ser derivados de su naturaleza sancionatoria sujeta a los principios sustantivos y procesales del derecho penal, el *ius puniendi* con un poco de flexibilidad,

En la Sentencia C-818/05, la Corte Constitucional de Colombia determina que el derecho disciplinario, efectivamente obedece al principio de legalidad, el cual

incluye el poder preferente de la PGN para investigar y sancionar por medio de los principios y reglas de derecho a los servidores públicos cuando corrompan las disposiciones del derecho administrativo sancionador, mediante procesos disciplinarios, que tienen como última finalidad la (homogeneización o unidad punitiva). Por eso según el próximo criterio es adecuado concluir que el derecho administrativo sancionador incluyendo el disciplinario son “modalidades del derecho penal” estudiando apreciaciones de otra sentencia, la T-438/92, como

(...) dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada “derecho administrativo disciplinario”. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferencia entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria, debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado, pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predicen también del disciplinario. (Corte Constitucional, VI.6, 1992)

Teniendo clara la compatibilidad convencional del funcionario competente en el control disciplinario según la Corte, el otro ámbito por considerarse es, si efectivamente son procesos con la estructuración óptima de las garantías procesales compatibles, convencional y constitucionalmente, para asegurar que se pueda seguir conservando el debido proceso en aquellos del *ius puniendi*⁷, en todos incluyendo los disciplinarios.

Tabla II. Jurisprudencia Nacional.

JURISPRUDENCIA	COMPETENCIA	RATIO DECIDIENDI
C-952 de 2001	Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente, Jaime Córdoba Triviño	Exequibilidad de del Art. 37 de la Ley 617 de 2000, en la limitación de los derechos políticos según su inhabilitación conforme a la Constitución reglamentado por el legislador como sanción , con la finalidad moral de asegurar el interés general habilitando solo un candidato con conductas intachables
C-948 de 2002	Corte Constitucional de Colombia, Álvaro Tafur Galvis	Se exterioriza el efecto de cosa juzgada absoluta en las facultades de destitución e inhabilitación como regla jurisprudencial únicamente por faltas

⁷ Poder punitivo del Estado. Derecho sancionador del Estado.

		gravísimas dolosas o con culpa gravísima
C-818 de 2005	Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente, Rodrigo Escobar Gil	La Corte explica a fondo la naturaleza penal del derecho disciplinario , reconociéndolo como parte del ius puniendi . <i>Conceptualiza 4 especies, el derecho penal, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho contravencional.</i>
C-028 de 2006	Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto	Declaró la exequibilidad sobre los Art. 44.1, 45.d y 46.1 del CDU propulsando el efecto de cosa juzgada constitucional sobre la constitucionalidad y convencionalidad de las instituciones de la destitución e inhabilitación por la PGN en los casos concretos de una falta gravísima, o una falta cometida con culpa gravísima en actos de corrupción.

Fuente: elabora propia de los autores a partir de las sentencias de la Corte Constitucional.

Dicha tabla es la compilación de Sentencias de los diferentes controles de constitucionalidad del guardián constitucional se encuentran los fundamentos mediante los cuales se conformó el efecto de cosa juzgada constitucional y las implicaciones de los respectivos fallos.

En el ordenamiento jurídico interno de Colombia, la H. Corte Constitucional ha determinado el alcance del control disciplinario en las habilidades de la PGN como **cosa juzgada constitucional** después de que la Corte estableció parámetros implícitos en la regla jurisprudencial de la C-948/02, que fue utilizada en la *ratio decidiendi* de la C-028 de 2006, que le dio tal efecto, y en esencia, por estar vigente posee la imposibilidad de una reapertura judicial en un Control Constitucional por carecer de un recurso que proceda en su contra.

En dicho control, el tribunal Constitucional, ante la interpretación del alcance de la jurisprudencia y normativa internacional vinculante, prevaleció el interés general en la lucha contra la corrupción que le permitió las facultades constitucionales de la PGN para la desvinculación e inhabilitación de los servidores públicos elegidos popularmente, además de expresar que no existe violación, ni incompatibilidad entre ambos ordenamientos normativos. En el sentido que, la PGN únicamente tenía la facultad para hacerlo en circunstancias

en las que se pruebe el *dolo* o la culpa gravísima en la falta disciplinaria en la que exclusivamente se configure el acto de corrupción.

Principalmente, la H. Corte resolvió la constitucionalidad de los artículos 44.1, 45.d, 46.1, de acuerdo con la convencionalidad que exige el artículo 23.2 de la CADH. En cuanto al primer concepto, la Corte, con el mismo sentido del 2001 y 2004 ha interpretado la prevalencia del interés general por encima del interés personal en circunstancias transitorias con un debido proceso con exigencias penales cuando imponga una falta disciplinaria tipificada en un proceso disciplinario que tiene naturaleza penal. En la Sentencia C-952 de 2001 se sostuvo que, “el señalamiento de un régimen de inhabilidades puede llegar a contraponer el ejercicio del interés personal del titular del derecho político que pretende acceder al desempeño del cargo o función públicos, con el interés general que se protege a través de limitaciones al mismo.” (Corte Constitucional, 2001).

Con la misma naturaleza, en la Sentencia C-100 del 2004 la Corte teoriza que la salvaguarda del interés general se hace por medio de un test de razonabilidad y proporcionalidad que esclarece la razón de la violación de los derechos, ya que, “satisfacen los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, aquellos límites que inequívocamente permiten asegurar la realización de los principios que orientan la función pública, es decir, la eficiencia, economía, igualdad, celeridad, imparcialidad y publicidad.” (Corte Constitucional, 2004).

Frente a la interpretación teleológica y sistemática necesaria de las normativas internacionales para la maximización en la eficacia de las internas, también dejó un mensaje bastante impactante respecto a la inconvencionalidad de la interpretación literal del artículo 23.2 en cuanto al “proceso penal”, que demuestra la eficacia y la madurez de nuestro ordenamiento jurídico adscrita a la teoría del derecho internacional del monismo moderado cuando dice en su comunicado de prensa del 26 de enero de 2006 sobre la Sentencia C-028/06,

“la invocación de un tratado internacional sobre derechos humanos como parámetro de control de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la Carta, requiere de una necesaria conexión con los preceptos superiores, de manera que la vulneración o conformidad con los mismos, se derive del propio texto constitucional, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad. (Corte Constitucional, 2006).

En otras palabras, para poder identificar la inconvencionalidad del ordenamiento jurídico interno, debe interpretarse el desacato de las provisiones en la CADH a la luz de los mandatos superiores para poder justificarlos en la Constitución, ya que ésta es la finalidad de la constitucionalización de los derechos humanos más el bloque de constitucionalidad en la cúspide de la jerarquía normativa jurídica y en la priorización valorativa en la Constitución, legitimada en Colombia en 1991,

contrastando el contenido normativo de la CADH que fue expedido en 1969. Por esa razón, en función de proteger los derechos humanos de los civiles y a su vez el interés general legítimo, tal figura como la PGN se estableció constitucional y legalmente en Colombia con todos sus requisitos jurídico-políticos incluyendo la compatibilidad convencional.

En esa misma línea, en su comunicado del Expediente D-14503 del 16 de febrero de 2023, la H. Corte publica una nota de prensa, en donde se mantiene firme con su postura respecto a la competencia y facultad de la PGN, aunque se haya retrasado a lo proscrito en Código Disciplinario Único, en donde ya la PGN tenía funciones jurisdiccionales por ser policía judicial según el Artículo 148 y en la Constitución, el 277, para que luego, se niegue la naturaleza jurisdiccional del control disciplinario cuando con la inexequibilidad de las expresiones jurisdicción y jurisdiccionales de los artículos 1,53,73,74 de la Ley 2094 de 2021, por supuesto, tratando de dar conformidad al fallo interamericano.

Cambios, que por supuesto tendrán consecuencias de Mora judicial, siempre que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es notoria por su demora en la decisión es jurisdiccionales, conforme la reserva judicial que exige la última modificación legislativa, con la sujeción de la ejecución de la sanción disciplinaria a lo que determine el órgano jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo en la revisión de acuerdo a lo expuesto en el tercer inciso del Artículo 2 del Código General Disciplinario, ratificada por la H. Corte en su última decisión del 16 de febrero de 2023, envés de darle esa facultad a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el órgano de cirre de la jurisdicción disciplinaria, lo cual sencillamente, sería mucho más pragmático que los magistrados de asuntos disciplinarios resuelvan asuntos disciplinarios y que los de lo Contencioso administrativo resuelvan asuntos propios de su jurisdicción que viceversa.

Análisis Jurisprudencial Interamericano

En derecho, la posición de la Corte IDH ha sido muy clara y tradicional en la importancia de los derechos políticos para el cumplimiento de la finalidad de los principios democráticos, los cuales han sido constitucionalizados en Colombia. Una de las máximas expresiones constitucionales de la democracia, es la materialización de la soberanía del Pueblo en su territorio, mediante la supremacía constitucional, armoniza la intención a todo el derecho colombiano a ella misma, mediante el obligatorio respeto a la constitucionalización de los derechos humanos entre otras instituciones subjetivas dentro de la Constitución de Colombia, dado al carácter personalista del neoconstitucionalismo, en donde “el individuo es el eje de la protección del Estado.” (Villadiego, Reyes & Sierra, 2022). Es cierto que la providencia ejecutada por la Sala Disciplinaria de la PGN tuvo sus irregularidades, pero a la vez el Consejo de Estado las corrigió en la decisión que resolvió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por la defensa del exalcalde.

La Corte trajo a colación varias diferentes sentencias, las cuales utilizó para seguir en la misma línea jurisprudencial. Inoportunamente, no son ni la misma situación estructural de comparación, por la falta de autonomía de la autoridad disciplinaria, en el defecto de ser decisiones administrativas, más no un órgano de control descentralizado y autónomo a la Rama Ejecutiva, como lo es el caso de la PGN. Descubriendo el sustento de otra línea jurisprudencial por el análisis de otras sentencias antes proferidas por ese mismo estrado, las cuales pudiesen contradecirse entre ellas mismas.

Teniendo en cuenta que, en el caso Leopoldo López, la Contraloría General de la Nación de Venezuela no tenía la competencia, ni tampoco era un organismo de control independiente o imparcial que también respetara los principios generales, como lo es requerido por el artículo 8 de las garantías judiciales de la CADH, que regula las pautas para el estándar internacional de las garantías procesales en materia penal, mientras que la PGN sí, respetando el debido proceso actúan mediante el principio de legalidad con las facultades que le han sido designados al organismo de control con independencia a la Rama Ejecutiva.

Otro momento de claridad es en el caso Baena Ricardo vs. Panamá cuando apreció con certeza la Corte IDH lo siguiente, “La Corte ha indicado que estas garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos(…)” para luego continuar explicando cómo se deberían conectar los procesos administrativos disciplinarios al debido proceso diciendo, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.” (Corte IDH, 124, 2001), dejando implícito que dichas sanciones disciplinarias administrativas son convencionales con tal que contemplen las garantías judiciales de un proceso penal.

Caso Petro Urrego vs. Colombia

Es un poco difícil asimilar la posición en contra de la facultad para sancionar de un órgano del derecho disciplinario por parte de la Corte IDH, teniendo en cuenta que ese mismo estrado consideró que el anterior hacía parte del derecho sancionador con formalidades penales hace cuatro años. Aquí nos podemos dar cuenta a su vez de su acercamiento con las garantías procesales del derecho penal cuando el tribunal convencional, en el **caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala** comenta, “(...) se acerca a las previsiones del derecho penal”, ya que, sigue explicando el informe, “(...) en razón de su naturaleza sancionatoria las garantías procesales de este son aplicables *mutatis mutandis* al derecho disciplinario.” (Corte IDH, 77, 2016)

En el caso sub judice, la Corte IDH determinó el incumplimiento del principio de imparcialidad en la separación de funciones en el proceso disciplinario de la siguiente manera, “la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad, característica común en los procesos

administrativos disciplinarios, no es en sí misma incompatible con el artículo 8.1 de la Convención, siempre que dichas atribuciones recaigan en distintas instancias.” (Corte IDH, 129, 2020).

Después de leer lo expuesto en la sentencia mencionada, se puede identificar que el órgano Interamericano previamente había reconocido que la naturaleza del derecho administrativo disciplinario era derivada y mimada del derecho penal, como en la separación de funciones en este caso, que se hace efectiva en procesos administrativos sancionatorios, aunque sea la misma entidad quien investigue y juzgue, con tal de que sea realizada por funcionarios diferentes. Condición que no cumplía el proceso disciplinario según sus argumentos porque habría sido la misma Sala Disciplinaria de la PGN quien emitió el pliego de cargos y quien impuso la falta disciplinaria. Infortunadamente, esta afirmación se encuentra lejos de lo sucedido en los recursos internos, ya que **fue el despacho del Procurador General de la Nación quien emitió el pliego de cargos**, mientras que **la sentencia la profirió la Sala Disciplinaria de la PGN**. Claramente demostrándose la separación de funciones según el criterio de la Corte IDH.

Luego, el Consejo de Estado declara a la nulidad del fallo que dio lugar a las sanciones, restableciendo el derecho e incluyendo un control de convencionalidad en el informe de fondo en cual fue plasmada la convencionalidad de la providencia proferida por la sala disciplinaria de la PGN y la facultad en la normativa nacional que obliga a los procuradores por medio del Procurador General de la Nación a suspender, destituir e inhabilitar a servidores públicos, sin desconocer la normativa interamericana, pero en el caso particular de Petro el debido proceso se vió comprometido y resarcido debidamente.⁸

De acuerdo con en el alegato 98 del informe de fondo de la Corte IDH la interpretación teleológica en el caso objeto de estudio, nos demuestra lo conservadora y poco práctica que es, al alegar la falta de competencia de la “autoridad administrativa disciplinaria”, al plantear lo siguiente,

La Corte considera que el artículo 23.2 de la Convención, al establecer un listado de posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos, tiene como objeto determinar criterios claros y regímenes específicos bajo los cuales dichos derechos pueden ser limitados. Lo anterior busca que la limitación de los derechos políticos quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. De esta forma, el Tribunal considera que las sanciones de destitución e inhabilitación de funcionarios públicos democráticamente electos por parte de una autoridad administrativa disciplinaria, en cuanto restricciones a los derechos políticos no

⁸ Palomino Cortés, César. “Radicado 110010325000201400360 00.” *Consejo De Estado*, Procuraduría General De La Nación, 15 nov. 2017

contempladas dentro de aquellas permitidas por la Convención Americana, son incompatibles no solo con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención, sino también con el objeto y fin del mismo instrumento (CIDH, 2020)

Lo anterior es *ad absurdum* puesto que, una cuestión es el caso concreto, otra cuestión es la incompatibilidad convencional de la facultad de la PGN para destituir e inhabilitar funcionarios de elección popular. Es decir, en el caso concreto en efecto se presentaron irregularidades procesales que el Consejo de Estado reevaluó, que se materializaron en aquellas violaciones al Artículo 8.1 y 8.2 mencionadas supra, por las que la Corte IDH condenó a Colombia por las afectaciones surgidas del proceso disciplinario. Pero aparte, al evaluar su imputación, tenemos que aquella que funda la violación al Artículo 23 de la CADH en el sentido que la PGN no es juez competente y los procesos disciplinarios no son procesos penales es esencialmente erróneas por dos razones fundamentales.

- i) Va en contra de los precedentes anteriores de la Corte IDH en los que reconoce la validez de las sanciones disciplinarias administrativas que restringen derechos políticos.
- ii) Argumenta que la decisión de la sanción no “sea del gobernante de turno”, implicando que el gobernante de turno tiene conexiones, o peor aún, tienen poder sobre las decisiones de las autoridades administrativas disciplinarias, lo cual en Colombia no es cierto, porque tanto la rama judicial como la PGN, son imparciales e independientes del “gobernante de turno”, cumpliendo el principio de la separación de poderes.

Además, si fuera por el hecho que a los funcionarios de la “autoridad administrativa disciplinaria” los elige la rama ejecutiva y por eso no existiría separación de poderes en cuanto al gobernante de turno, la mayoría de los magistrados de los altos tribunales en Colombia son elegidos por la misma rama, **la legislativa**, mediante el Senado de la República, **no la rama ejecutiva**, ya que es función constitucional de esa corporación elegirlos según el Art. 173.7 de la Constitución Política de Colombia.

En su análisis, encontramos la posición del órgano multilateral sobre la ausencia de corrupción, por lo tanto, las sanciones carecieron de facultad para hacer la excepción, como muy claramente se ha establecido en la jurisprudencia colombiana previamente. También nos comparte la misma que si bien el Consejo de Estado resolvió materialmente el dilema jurídico, los daños causados por la destitución y la inhabilitación no fueron completamente subsanados. Así determinando que los artículos 277 y 278 de la Constitución, los cuales asignan a la PGN la desvinculación y sanción de los funcionarios públicos de elección popular, no son “incompatibles” con la convención. Por otro lado, en el argumento 113 especifican en el literal B lo siguiente,

“(…) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución (…)”, hablando de la PGN y sus facultades precisó el complemento de tal manera, **“La Corte ya concluyó anteriormente que una sanción de inhabilitación o destitución de un funcionario público democráticamente electo por vía de autoridad administrativa y no por “condena, por juez competente, en proceso penal (...)”** (CIDH, 2020)

Agregándole las disposiciones legales que facultan al procurador a la destitución e inhabilitación mediante los artículos 38, 44 y 45 del CDU, conectándolos con el Artículo 48, y el artículo 60 de la Ley 610 del 2000 que es la facultad argumentativa del contralor para inhabilitar. De la misma manera podría entrar en choque la aplicación de remociones de cargos mediante la revocatoria del mandato y la moción de censura mediante los cuales también se restringen derechos políticos.

Similitudes y Diferencias entre el Debido Proceso Penal y Disciplinario en Colombia

Empezando por los esquemas dogmáticos de responsabilidad entre el derecho penal y el disciplinario, existe una relación intrínseca que surge de la función, que es imponer una sanción como consecuencia de la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos que tutelan. En el caso del derecho penal tutela bienes jurídicos en lo más alto de la jerarquía de valores constitucionales como la vida, el patrimonio económico, la salud pública, la administración pública, en virtud del principio *última ratio*, consagrados exclusivamente en el Código Penal. Mientras que, para el derecho disciplinario, el objeto jurídico es el valor de la función pública efectiva, la cual debe garantizar adecuadamente que las conductas de aquellos que tengan una relación especial de sujeción persigan los principios y fines esenciales del Estado consagrados en la Constitución, la Ley, mientras cumple a cabalidad con sus deberes funcionales específicos (Art. 2 & 6 Superiores Art. 5, CGD).

Por eso, a diferencia de los fines de la pena, los fines de la sanción disciplinaria no comprenden la reinserción social, ni protección al condenado (Art. 4, Código Penal), toda vez que al disciplinado no se le restringe su libertad, sino que se le restringe temporalmente su capacidad de relación especial de sujeción con el aparato público dentro de los fines de prevención general y especial de la responsabilidad disciplinaria o a la vez, podría imponer multas pecuniarias por las faltas leves dolosas o una amonestación en caso que sea leve culposa.

Ahora bien, la el principio de legalidad relativa de la falta disciplinaria es procedente por las siguientes causas:

- i) Incumplimiento de un deber (Constitucional, legal o funcional)
- ii) Extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones

iii) Prohibiciones y violaciones del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses

Como herramienta para sancionar, fruto del derecho penal, el derecho disciplinario impone faltas disciplinarias a los funcionarios y particulares que se adecuen a una o varias de los presupuestos mencionados previamente, ya sea por acción u omisión, los cuales aseguran la satisfacción de los principios funcionales de la función pública mediante un esquema tripartita causalista-finalista-funcionalista de la falta disciplinaria que al igual que para la sanción de un delito, tiene proscrita la responsabilidad objetiva, evidenciada en el Art. 10 de la Culpabilidad en el CGD, lo cual aduce que existe un tipo objetivo y uno subjetivo.

La responsabilidad subjetiva, se encuentra en las modalidades de la conducta que son a título de dolo o culpa, las cuales se deberán atribuir en sede de la culpabilidad, comoquiera que es en donde el esquema dogmático causalista evalúa el dolo o la culpa, de manera similar al penal, con la excepción de los finalistas y funcionalistas que lo valoren en el elemento subjetivo de la tipicidad. A diferencia de la culpa penal, la modalidad de la culpa disciplinaria es aplicable a todas las conductas típicas que no estén tipificadas como faltas gravísimas, que únicamente admiten el título de imputación de dolo, es más, por regla general, las demás faltas disciplinarias son culposas, ya sean por culpa gravísima o culpa grave, a menos que la autoridad disciplinaria pueda demostrar el dolo directo.

Tanto es así, que otra diferencia es, en el dolo penal, encontramos el dolo eventual, ya que es la modalidad de la conducta por excelencia, en vista que la culpa únicamente es atribuible cuando admita la modalidad culposa, mientras que el dolo disciplinario únicamente comprende el dolo directo, es decir, conocimiento de los hechos constitutivos de la falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización.

Respecto a la culpa, consagra dentro de la responsabilidad disciplinaria culposa al sujeto disciplinable que infrinja el deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible cuando “debió haberlo previsto por ser previsible o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.” (Art. 29 CGD). De manera idéntica, con la adición de la expresión “funcionalmente exigible”, consagra las categorías de culpa, que son culpa con representación, también conocida como culpa consciente y culpa sin representación, también conocida como culpa inconsciente.

Complementariamente, entre los elementos de la responsabilidad, nos damos cuenta de que son muy similares más no idénticos; la conducta, legalidad, ilicitud sustancial y culpabilidad.

En la legalidad, la adecuación típica que se haría en penal, bajo la calidad de autores, ya sean directos, mediatos o coautores, o por el otro lado tenemos la

participación, del determinador, cómplice e interviniente especial, en el disciplinario existen únicamente Autores y Determinadores según el Art. 30 del CGD.

Respecto a la omisión impropia, existe una cláusula de equiparación para la comisión de faltas disciplinarias por omisión en el inciso segundo del Art. 27 *ibidem*, derivada del Art. 25 del Código Penal, del cual se desprende el deber constitucional y/o legal de impedir un resultado antijurídico según su competencia institucional, que son aquellas funciones específicas que enmarcan los deberes de la actividad pública formalmente cumpliendo con el principio de legalidad relativa de los tipos en blanco, no concebidos como faltas gravísimas con un enfoque dogmático funcionalista que acredita esta adecuación típica no por realizar el tipo desde un punto de vista causalista (exteriorizarlo), sino por la posición de garante disciplinario que ostenta el rol que juega en la sociedad aquella persona, que tiene un deber jurídico de cuidado especial por tener a su cargo la función pública, teniéndolo presente a la vez desde una conceptualización finalista (voluntad y conocimiento de lo que exterioriza) para sentar la modalidad de la conducta.

Como en la antijuricidad, la ilicitud sustancial, es en donde se debe evaluar si la falta es justa o injusta de acuerdo con las causales de exclusión de responsabilidad disciplinarias plasmadas en el Art. 31 *ibidem*, que de hecho, son muy similares a las penales, como por ejemplo, para nombrar unas, fuerza mayor, caso fortuito, insuperable coacción ajena, miedo insuperable, y hasta consagra los errores de hecho y derecho, los cuales eximen por ser invencibles y sanciona los errores de hecho vencibles cuando admitan la modalidad de culpa y cuando sea de derecho el error vencible, las sanciones graduables se reducirán en la mitad.

El derecho disciplinario se adscribe a la teoría del injusto típico del derecho penal, en el presupuesto que la tipicidad y la antijuricidad son un conjunto, de tal manera que se habla de un injusto típico e ilicitud sustancial cuando la conducta es típica sin justificación jurídica alguna.

Una diferencia sustancial es que, los procesos disciplinarios, generalmente no son públicos, lo cual puede llegar a tener un efecto negativo respecto al principio de publicidad con génesis en el debido proceso, lo cual en efecto puede estar causando afectaciones a la confianza en los procesos disciplinarios en vista que no hay una transparencia total como las hay en las audiencias públicas de los procesos penales delictivos. Lugar en donde aplica un poco la flexibilización del principio del debido proceso disciplinario, en atención al Art. 115 del CGD, rige el principio de reserva de la actuación disciplinaria “hasta cuando se cite a audiencia y se formule el pliego de cargos o se emita la providencia que ordene el archivo definitivo.”

Respecto a la dosificación punitiva establecidos en el Art. 50 del CGD, con similitud a la pena, la sanción disciplinaria obedece a criterios de mayor y menor punibilidad en su parte general, las cuales denominó como “criterios para la graduación de la sanción”, los cuales se dividen en “atenuantes” como “la confesión de la falta o la aceptación de los cargos”, entre otros, y “agravantes” como “atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero.”.

Como la acción penal, la acción disciplinaria contempla una prescripción, en la cual le obliga al Estado a condenar en primera instancia antes de que transcurran los cinco años que tiene el Estado antes de que se extinga la acción disciplinaria vía extinción. El término prescriptivo de la acción disciplinaria se interrumpe por el fallo de primera instancia, pero una vez interrumpida la prescripción, se deberá fallar en segunda instancia en el término menor a 2 años.

Actualizaciones legislativas

Analicemos las protecciones que estaban establecidas para el debido proceso previas al caso Petro Urrego vs. Colombia en el Código Disciplinario Único en el Artículo 6º de la Ley 734 de 2002: que dice,

(...) el sujeto disciplinable deberá ser investigado por un funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público. (Senado, p. 1, 2002)

La última fue derogada por la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, expedido con intenciones de modernizar y óptimo el ordenamiento normativo disciplinario, el cual en su Artículo 12 establece el debido proceso como norma rectora, luego modificada por la Ley 2094 de 2021, que aplica con generalidad para todas las personas que incumplan con su deber funcional o se extralimiten en su función pública, la cual expresa,

Debido proceso. El disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcionarios diferente (s) independiente, imparcial y autónomo que sea competente con a quienes fueran deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal. En el proceso disciplinario debe garantizarse que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento. Todo disciplinable tiene derecho a que el fallo sancionatorio sea revisado por una autoridad diferente, su trámite será el previsto en esta ley para el recurso de apelación. En el evento en que el primer fallo sancionatorio sea proferido por el procurador general de la nación la doble conformidad será resuelta en la forma indicada en esta Ley. (Ley 2094, 2021)

En virtud de las deficiencias en las garantías judiciales expuestas por la Corte IDH, el nuevo Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, en su Artículo 2º ratifica la titularidad de la acción disciplinaria sobre el Estado. Luego, en el Artículo 3º el Estado le sede la titularidad del ejercicio preferente del poder disciplinario a la PGN especialmente contra los de elección popular.

Ahora bien, queda clara la constitucionalidad de la jurisdicción y competencia de la ejecución impuesta por la PGN después de ser revisada por el Consejo Estado en un proceso disciplinario *mutatis mutandis* al proceso penal que le ofrece las garantías mínimas al disciplinado cuando aquella es finalmente ejecutada por la autoridad de lo contencioso administrativo. Al estudiar la trayectoria del caso Petro Urrego vs. Colombia, se puede percibir entonces el cumplimiento del debido proceso legal del proceso disciplinario que deben ser similares al “penal”, para lo que es necesario entender el estándar internacional violado de las garantías judiciales consagradas en el artículo 8.2.d. de la CADH en un proceso penal.

Este artículo garantista incluye principios constitucionales en Colombia, como la presunción de inocencia, *in dubio pro disciplinado*, la separación de funciones por medio del principio de imparcialidad, legalidad, publicidad, el derecho a la contradicción, el juez natural, doble instancia, doble conformidad, como también explícitamente obliga a incluir el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, de la misma manera que lo ha adoptado la Corte IDH en las decisiones judiciales como no judiciales (Corte IDH, 2005)

El hecho que, toda decisión que sancione a un funcionario público de elección popular deberá ser revisada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Art. 2, 236, 238D CGD), le brinda “jurisdiccionalidad” a la sanción disciplinaria y al mismo tiempo, es casi como otra instancia más para el disciplinado en el que se practica un control jurisdiccional al acto administrativo antes de que se puedan restringir los derechos políticos de los administradores populares.

Clara la constitucionalidad de la jurisdicción y competencia de la condena impuesta por la PGN cuando es ejecutada por lo Contencioso administrativo en un proceso disciplinario *mutatis mutandis* al proceso penal que le ofrece las garantías mínimas al disciplinado, habría que analizar la separación de funciones, también la doble instancia del proceso disciplinario, entre otras.

En el Código General Disciplinario que le asigna el inicio de las investigaciones disciplinarias está a cargo de a las Oficinas de Control Interno (216 CGD) y luego, aquellas lo remiten a las procuradurías delegadas para que, en primera instancia, un **magistrado sustanciador** (Art. 222 CGD), es decir quien investiga, emita el pliego de cargos en la etapa de instrucción, mientras que en la etapa de conocimiento o juzgamiento, son competentes los tres magistrados de la **Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular**

(Art. 17 Ley 2094, 2021) designados previamente por la Comisión Nacional del Servicio Público para el recurso de apelación, restringiendo la facultad del mismo Procurador General de la Nación de desplazar el conocimiento de los procesos disciplinarios contra funcionarios de elección popular. (Art. 102 CGD)

Conclusiones

Con claridad se ha establecido, que el derecho fundamental del debido proceso y todos sus principios que aplican a su luz y sombra, están incluidos dentro de la sección de los principios y normas rectoras por su importancia en TODOS los códigos procedimentales del derecho punitivo. Lo anterior demuestra la intención y la finalidad de los procesos administrativos y disciplinarios, como también la de los procesos delictivos de proteger los DDHH constitucionalizados a la vez de defender la eficacia en nuestro interés general, justo por la razón que el derecho penal es el modelo que trata de asimilar el derecho administrativo disciplinario, con una dogmática garantista que asegura los derechos procesales constitucionales, para que así sean convencionales en las sanciones que se establecen.

Esto lo complementó la Corte Constitucional cuando dijo, hablando de los servidores públicos, abogados, médicos o contadores, "(...) la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando, pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal (Corte Constitucional, 23, 2005). En esa declaración del intérprete constitucional relata que, cuando se trata del derecho sancionador del Estado en materia administrativa, fiscal o disciplinaria las sanciones que se aplican son más leves que las que se aplican en los procesos penales y eso se debe a la magnitud y vulnerabilidad de la restricción de los derechos que se ven afectados. Conceptualizándolo con las normas en derecho penal, que pueden afectar a todas las personas, también hay otras presentaciones del derecho sancionador, como el administrativo disciplinario que son más específicas a la vigilancia a la función pública en su acepción integral de sus funcionarios, etc.

El carácter de sanciones más específicas en su mayoría no se tipifica en la normativa penal, pero su ilegalidad en la normativa administrativa se encuentra tipificada por su necesidad especial, al obrar en un campo especializado como el administrativo disciplinario, que procura sancionar todas las faltas disciplinarias tipificadas sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad que se pueda atribuir. Conforme al principio de legalidad, se puede decir que existe suficiente sustentación jurídica para sostener la competencia jurisdiccional de la PGN de Colombia en los procesos disciplinarios ya que poseen naturaleza penal, existe condena y la profiere el funcionario competente que ejerce el poder preferente disciplinario.

No obstante, la H. Corte Constitucional ha precisado como inconstitucional darle esa naturaleza al desarrollo del control disciplinario. Habría que esperar

la sentencia entera para comprender sus razones para afirmar porqué la PGN no tiene la función pública de administrar justicia transitoriamente. Desafortunadamente la cosa no es así de fácil, la PGN puede tomar la acción disciplinaria para suspender, destituir o inhabilitar a un servidor público elegido popularmente, porque la normativa preexistente le adscribe poder preferente disciplinario de la acción disciplinaria y la competencia para que, en proceso “penal”, profiera condena para destituir e/o inhabilitar en casos que sean delictivos, o de corrupción después de su respectiva revisión jurisdiccional por lo Contencioso Administrativo, razón por la cual una pregunta válida es, ¿por qué únicamente se puede utilizar cuando se pruebe la autoría o participación en corrupción?

En la jurisprudencia nacional e internacional, nos damos cuenta, que, aun así, en las únicas circunstancias que un procurador pudiese llegar a destituir a un funcionario público elegido por voto popular, será demostrando el dolo o la culpa gravísima excepcionalmente en casos de corrupción cometidos por ese funcionario. En caso de no sea por corrupción, es donde surge la pregunta más intrigante de todas, ¿Qué sucede en lo gris?, cuando no sea blanco, ni negro.

¿Qué sucederá cuando no se pueda tipificar como una conducta delictiva, pero sin duda razonable alguna exista la responsabilidad, disciplinaria, administrativa o fiscal, que no califique como corrupción? ¿Valdrá la pena continuar la puesta en peligro o lesión de la función pública por cuenta de los funcionarios de elección popular, en perjuicio del interés general? Los altos tribunales aún no han restringido esta laguna de impunidad.

Referencias Bibliográficas

- Acta de Sala Extraordinaria N.o 57. (2013). “Fallo de Única Instancia”, *Procuraduría General de la Nación*. (Novoa Buendía, Juan Carlos).
https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes/149_FALL_O%20ÚNICA%209%20dic%202013%20GUSTAVO%20PETRO%20URREGO.pdf
- Ángulo & Polanco. (2022). “El precedente jurisprudencial como fuente del ordenamiento jurídico ¿Por qué razón es obligatoria la jurisprudencia como fuente del derecho colombiano?”
<https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/3989/3224>
- Auto 183 de 2011. (2011). *Gaceta de la Corte Constitucional*, Control Constitucional. (Corte Constitucional de Colombia).
<http://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43734>
- Caso López Mendoza vs. Venezuela. (2011). *CIDH*, CorteIDH. (Saavedra Alessandri, Pablo).corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf
- Caso Baena Ricardo VS. Panamá. (2001). *Corte Interamericana De Derechos Humanos*, Comisión Interamericana De Derechos Humanos, (Alessandri secretario, Saavedra).
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf

- Caso Maldonado Ordóñez VS. Guatemala. (2016). *Corte Interamericana De Derechos Humanos*, Comisión Interamericana De Derechos Humanos, (Alessandri secretario, Saavedra). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf
- Caso Yatama VS. Nicaragua. (2005). *Corte Interamericana De Derechos Humanos*, Comisión Interamericana De Derechos Humanos, (Alessandri secretario, Saavedra). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- Caso Petro Urrego VS. Colombia. (2020). *Corte Interamericana De Derechos Humanos*, Comisión Interamericana De Derechos Humanos, (Alessandri secretario, Saavedra). www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf
- Cfr. Luzzani, Telma. Lawfare, el nuevo ensayo neoliberal, disponible en <https://cronicon.net/wp/lawfare-el-nuevo-ensayo-neoliberal/>
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969). *Departamento De Derecho Internacional: Tratados Multilaterales*, OEA. (Montero, Francisco J). www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Constitución Política de Colombia, (1991). “Constitución Política De Colombia.” *Leyes Desde 1992 - Vigencia Expresa y Control De Constitucionalidad [CONSTITUCION_POLITICA_1991]*, La Gaceta, www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional. (2023). “Nota de Prensa del Expediente D-14503 de la Corte Constitucional.” <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Nota-de-prensa-Potestad-disciplinaria-de-la-procuraduria-general-de-la-nacion-EXPEDIENTE-D-14503-9459>
- Hernández Montes. (2019). “Así se mueve la Corrupción”, *Corporación Transparencia por Colombia*, 3er informe. <https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Informe-Monitor-Ciudadano-Corrupcion-18.pdf>
- Ley 1952 de 2019. (2019). Código Disciplinario General. (El Congreso de la República). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1952_2019.html
- Ley 734 de 2002. (2022). Código Disciplinario Único. (Congreso de la República). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0734_2002.html Nieto
- Procuraduría General de la Nación. (2020). “Boletín 618.” *Procuraduría General de la Nación de Colombia*, www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-y-Agencia-Nacional-de-Defensa-Juridica-del-Estado-preparan-instrumentos-para-que-sentencia-de-la-Corte-IDH-en-el-caso-del-senador-Gustavo-Petro-no-beneficie-a-los-corruptos.news
- Procuraduría General de la Nación. (2020). “Boletín 1013.” *Procuraduría General de la Nación de Colombia*, www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-destituyo-e-inhabilito-por-diez-anos-a-exsecretario-de-Educacion-de-Arjona-Bolivar-por-irregularidades-en-el-PAE.news

- Pérez Márquez, U. Ángel, Viera Almanza, L. P., & Sandoval Meléndez, D. L. (2022). Aprobación de imprevistos no causados en los contratos de obra pública y responsabilidad disciplinaria. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 496–517. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3987>
- Radicado 110010325000201400360 00. (2017). *Consejo De Estado*, Procuraduría General De La Nación. (Palomino Cortés, César). www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1892_CE-Rad-2014-00360-00%20GUSTAVO%20PETRO.pdf
- Ramírez Torrado, Maria L. (2007). “Postura De La Corte Constitucional En Relación Con El Poder Sancionador De La Administración.” *Revista De Derecho*, Universidad Del Norte, www.redalyc.org/pdf/851/85102812.pdf
- Redacción Nacional. (2020). funcionarios han sido destituidos por la Procuraduría”, *El Nuevo Siglo*, <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/08-2020-202-funcionarios-han-sido-destituidos-por-la-procuraduria>
- Sentencia C-506. (2002). *Corte Constitucional De Colombia*, (Monroy Cabra, Marco G.) www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-506-02.htm
- Sentencia C-818. (2005). *REPUBLICA DE COLOMBIA*, Corte Constitucional De Colombia, (Escobar Gil, Rodrigo). www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm
- Sentencia C-028. (2006).“.” *REPUBLICA DE COLOMBIA*, Corte Constitucional, www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm
- Sentencia SU-712. Jorge I. (2013). *REPUBLICA DE COLOMBIA*, Corte Constitucional. (Palacio Palacio).
- Villadiego Coneo, L, Reyes Ortega, L., & Sierra Vanegas, Y. (2022). La Política Pública y La Discapacidad: Un análisis del Estado de las acciones y protección de los derechos de la Población discapacitada en el Municipio de San Estanislao de Kostka. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 325-342. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3977>