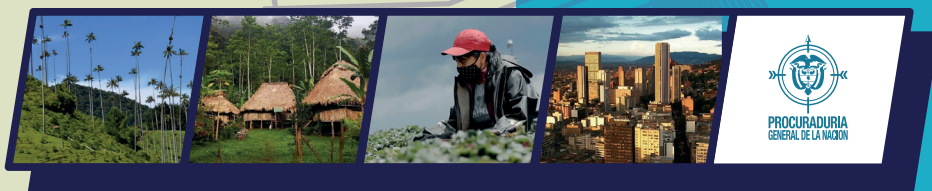


TOMO 1



SEMINARIOS REGIONALES

PARA LA
IMPLEMENTACIÓN
DE LA LEY

2094
DE **2021**

MEMORIAS

IEMP  OEI

Copia privada para el Ejército Nacional



OEI

IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 2094 DE 2021

Edición diciembre de 2022

© Instituto de Estudios del Ministerio Público – IEMP, 2022.

Carrera 5 No. 15-80 piso 16 Bogotá, D. C.,
Colombia
pbx: (1) 587 8750 - Ext. 11621
Tel: 283 27 21 - Ext. 115
<http://iemp.procuraduria.gov.co>

©Procuraduría General de la Nación, 2022.
Carrera 5 No. 15-80,
Bogotá, D. C., Colombia
pbx: (1) 5878750 - Exts. 13101 - 13102
www.procuraduria.gov.co

Director del Instituto de Estudios del Ministerio
Público
Carlos José González Hernández

Coordinador editorial
Luis Felipe Núñez Mestre

Corrección de estilo
Mónica Vega Solano

Diseño de portada
Freddy Alexander Vásquez Torres

Diseño diagramación
Giovanna Paola Ramírez Tolosa

Edición
Diego Hernando González Trujillo

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Colombia
ISBN: 978-958-734-300-7

El presente documento se desarrolla en conformidad con la alianza establecida entre la Procuraduría General de la Nación y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en el marco del convenio de cooperación internacional No. 140 de 2021 suscrito entre estas dos instituciones, cuyo objeto es aunar esfuerzos para contribuir con el desarrollo y el fortalecimiento institucional, la socialización y diálogo social en territorio y el fomento de vocaciones y habilidades.

Se permite su reproducción parcial con el debido crédito a la Procuraduría General de la Nación, al Instituto de Estudios del Ministerio Público y a la Organización de Estados Iberoamericanos.



Margarita Cabello Blanco
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Silvano Gómez Strauch
VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Carlos José González Hernández
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS
DEL MINISTERIO PÚBLICO

Copia privada para el Ejército Nacional

PRESENTACIÓN

MARGARITA CABELLO BLANCO
Procuradora General de la Nación

En los últimos años, el ordenamiento colombiano ha tenido que enfrentar uno de los retos más importantes para defender el eje axial de la Constitución Política de 1991, el equilibrio de poderes y la estructura del Estado ideada por la Constituyente del 90 como pilar de nuestra democracia. Este desafío derivó de la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*. Dicha providencia ha generado una serie de debates en relación con el futuro del derecho disciplinario colombiano y, por supuesto, con el rol de la Procuraduría General de la Nación como cabeza del Ministerio Público. Esas discusiones han llegado, incluso, al punto de plantear interrogantes frente a la necesidad del derecho disciplinario como mecanismo de control de la función pública. Sin mayores argumentos, algunas voces han planteado la posibilidad de eliminar a la Procuraduría General de la Nación o limitar su potestad disciplinaria como herramienta para ejercer un control externo a la administración pública.

Las voces detractoras frente al derecho disciplinario y frente a la existencia del mencionado ente de control desconocen una tradición jurídica y un desarrollo del pensamiento legal colombiano de más de 200 años. Desde que el libertador Simón Bolívar, en el Congreso de Angostura de 1819, pensó en la necesidad de integrar un poder moral a la estructura estatal, las y los juristas colombianos han sido capaces de construir y consolidar una visión del derecho única en el mundo que ha derivado en una normativa disciplinaria que no tiene par y que, incluso, se ha convertido en un referente de la lucha

contra la corrupción, y de la defensa de la transparencia y la moralidad pública.

Uno de los productos de esa labor transformadora del derecho colombiano es, hoy en día, el Código General Disciplinario, que resultó de múltiples reformas bajo la Constitución de 1991, siendo la más reciente la Ley 2094 de 2021. Esta última reforma ha servido para consolidar la normativa disciplinaria más garantista de toda la historia de Colombia, a partir de modificaciones tanto sustanciales como procesales. Este fue un primer paso impulsado por el legislador para dar cumplimiento a la citada sentencia de la Corte IDH, respetando el núcleo esencial de la Carta Política colombiana. Sin embargo, otros esfuerzos son necesarios para socializar y compartir las novedades normativas y dogmáticas con la comunidad académica y con aquellos sectores interesados en el progreso del derecho disciplinario.

La Procuraduría General de la Nación no ha sido ajena ni al proceso legislativo ni a la necesidad de socializar el nuevo Código General Disciplinario con la comunidad jurídica en todo el país. Por eso, hemos puesto especial atención a la importancia que reviste la actualización de los servidores públicos frente a la reforma al Código General Disciplinario, la generación constante de espacios de formación y la actualización normativa de los operadores disciplinarios. Como parte del enrutamiento hacia un nuevo derecho disciplinario más efectivo y garantista, hemos dedicado parte de nuestra labor a trabajar en todas las regiones de Colombia con las y los expertos locales. Solo durante 2021 y 2022, lideramos diez Seminarios Regionales para la Implementación de la Ley 2094 de 2021.

Estos seminarios nos han servido para recorrer el país discutiendo, desde lo local, todo lo relacionado con el futuro del derecho disciplinario. Esto no solo enriquece las reflexiones acerca de esta especialidad jurídica, sino que también sirve

para construir capacidades en el nivel local y fortalecer el Estado de Derecho a partir de una potestad disciplinaria más robusta y garantista. Así, apuntamos al fortalecimiento de las habilidades y conocimientos en materia disciplinaria de los funcionarios públicos del país.

Además, estos escenarios han constituido un espacio para la sinergia e interacción de servidores de la Defensoría del Pueblo, las personerías, la fuerza pública, las entidades territoriales, abogados independientes e integrantes de la comunidad académica en las diferentes regiones. Para impulsar la gestión de conocimiento en todo el país, desde este ente de control, diseñamos una agrupación territorial para abarcar la mayor cantidad de departamentos. En este sentido, la preparación de estos encuentros académicos reconoció las condiciones particulares de cada territorio, dando un valor agregado de acuerdo con los alcances socioculturales y demográficos de cada región, y generando una apropiación del conocimiento más dinámica y acorde a las necesidades locales.

Estos encuentros se han llevado a cabo en las ciudades de Valledupar, Bucaramanga, Barranquilla, Medellín, Pasto, Armenia, Cali, Villavicencio, Montería y Leticia, y se han realizado en el marco de la alianza académica entre la Organización de Estados Iberoamericanos, la Procuraduría General de la Nación y el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

La presente publicación reúne en versión escrita 21 conferencias. A partir de estas, los tomos de este libro recogen las implicaciones institucionales y normativas de la implementación de la Ley 2094 de 2021. No solo se centra en estudiar a fondo las particularidades del proceso disciplinario y los detalles de las nuevas garantías, sino que también discute los roles de, por ejemplo, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, las oficinas de control interno disciplinario, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y las funciones de policía judi-

cial disciplinaria. Todo esto se complementa con reflexiones de expertas y expertos juristas acerca de la esencia misma del derecho disciplinario, de su alcance y de su evolución en Colombia.

En las regiones, la academia ha mostrado gran interés en el contenido de estas conferencias, favoreciendo la comunicación horizontal entre pares académicos y el Ministerio Público. En ese sentido, esta publicación nace por el interés de continuar construyendo y divulgando conocimiento. Espero, así, que estos tomos sirvan como una herramienta de consulta para todas aquellas personas interesadas en el derecho disciplinario, el servicio público, la transparencia y la lucha contra la corrupción.

ÍNDICE

- 05** Los retos de la Procuraduría General de la Nación frente a la nueva normativa disciplinaria
Margarita Cabello Blanco
- 27** La firmeza soberana de la institucionalidad creada por la Ley 2094 de 2021
Carlos Arturo Gómez Pavajeau
- 47** Las facultades jurisdiccionales de la Procuraduría General de la Nación y el recurso extraordinario de la revisión de la Ley 2094 de 2021
Sonia Patricia Téllez Beltrán
- 73** Las principales modificaciones sustanciales de la Ley 2094 de 2021
Esiquio Manuel Sánchez Herrera
- 97** El derecho disciplinario desde la perspectiva de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial
Diana Marina Vélez Vásquez
- 115** Distinción entre las normas de ética del congresista y la responsabilidad disciplinaria y reflexiones acerca de las oficinas de control interno
Germán Bula Escobar
- 125** Los retos del control contencioso frente al nuevo Código General
William Hernández Gómez

- 145** Principales modificaciones procesales de la Ley 2094 de 2021
María Lourdes Hernández Mindiola
- 159** Doble conformidad en la reforma disciplinaria
Luis Francisco Casas Farfán
- 193** Las funciones de policía judicial disciplinaria en el nuevo Código General Disciplinario
Lucila Mercedes Vidal Luque
- 209** La revocatoria directa en el derecho disciplinario
César Palomino Cortés

Copia privada para el Ejército Nacional

Copia privada para el Ejército Nacional

**LOS RETOS DE LA
PROCURADURÍA GENERAL
DE LA NACIÓN FRENTE
A LA NUEVA NORMATIVA
DISCIPLINARIA**

MARGARITA CABELLO BLANCO
Procuradora General de la Nación

01

Copia privada para el Ejército Nacional

LOS RETOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE A LA NUEVA NORMATIVA DISCIPLINARIA

MARGARITA CABELLO BLANCO
Procuradora General de la Nación

Estamos llevando a cabo el Seminario Regional para la Implementación de la Ley 2094 de 2021, que modificó la Ley 1952 de 2019 y que constituye el nuevo Código General Disciplinario. En este escenario de discusión contamos con la presencia de juristas expertos en materia sancionatoria.

Considerar los elementos y características propias de cada región para traer la explicación de estas nuevas reglas es muy importante para nosotros: que cada región, dentro del manejo de las situaciones sociales propias de su sitio o de su territorio, entienda, comprenda y nos dé la retroalimentación correspondiente para aplicar de la mejor manera posible el nuevo código disciplinario es, para la Procuraduría General de la Nación (PGN), de gran ayuda hacia una mejor comprensión y utilización de esas reglas.

Para hacer, como me ha correspondido, una introducción de este proceso de formación e inducción, debo comenzar explicando, a través de varias preguntas que nos surgieron, cómo nació esa nueva ley.

¿POR QUÉ SE PENSÓ EN HACER LA REFORMA A LA LEY 1952 DE 2019?

La primera que nos surge es ¿por qué la Procuradora General de la Nación y todo el equipo de la PGN, junto con el Congreso y muchos académicos de otros sectores que nos acompañan, deciden hacer una reforma de la Ley 1952 de 2019, si se trataba de una ley nueva que desde el año 2019 estaba expedida por el Congreso y que, en virtud de una solicitud de prórroga, entraría en vigencia en ese año 2021?

La respuesta es sencilla, y está en estos cuatro puntos que rápidamente voy a enunciar:

Primero, porque el 8 de julio de 2020 se profirió una sentencia específica por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) exigiendo al Estado colombiano adecuar su ordenamiento jurídico a las órdenes impuestas en dicho fallo. Esa orden implicaba actuar rápidamente, por cuanto, *de facto*, había ocurrido lo que nosotros hemos llamado en la PGN una suspensión transitoria convencional de la investigación de los procesos disciplinarios que estaban en trámite contra funcionarios de elección popular.

Era natural que ocurriera esa suspensión provisional convencional, porque, cuando llega la decisión de la Corte IDH el 8 de julio de 2020, generaba la necesidad de sentarse a estudiar y analizar cómo se iban a implementar esas órdenes que daba la sentencia dentro de la estructura constitucional de nuestro país. Con una medida muy adecuada, considero yo, la PGN de la época estimó que era prudente suspender los procesos y las investigaciones disciplinarias contra funcionarios de elección popular, a efectos de mirar, con pausa y con tranquilidad, cuál era la decisión acorde para plantear ante el Congreso y hacer las modificaciones solicitadas por la sentencia de la Corte IDH al ordenamiento jurídico colombiano.

Esa decisión obligó a que alrededor de 12.142 actuaciones disciplinarias que existían en ese momento en la PGN contra funcionarios de elección popular quedaran suspendidas hasta que se expidieran las normas que armonizaran el ordenamiento jurídico con lo expresado en dicha sentencia.

Una segunda razón que motivó plantear la reforma era la necesidad de hacer algunas correcciones específicas a la Ley 1952 de 2019 que, si las dejábamos como estaban, iban a generar un caos y una problemática mayor al beneficio que se quería con la aplicación de esa nueva ley. Estas correcciones que había que hacer ya estaban decantadas por la academia y por todos los expertos en derecho disciplinario, de las cuales dos de ellas eran particularmente importantes.

Una que originó la suspensión y prórroga de la entrada en vigencia de la Ley 1952, relativa a la implementación de una técnica de oralidad absoluta en los procesos disciplinarios. Lógicamente, el país no tenía la estructura suficiente para organizarse dentro de ese nuevo esquema de la Ley 1952 de la oralidad absoluta. Había que adecuar salas de audiencia, implementar entre otros aspectos, tecnología nueva, virtualidad, estructura física para salas de audiencias; una serie de situaciones que no nos daban, porque somos un país que no tiene todavía la capacidad económica suficiente para montarnos en esa ola completa de la oralidad total. Por lo tanto, esa problemática había que corregirla para evitar el caos que eso originaba.

La segunda corrección respondía a la preocupación frente a la eliminación absoluta de la figura de la caducidad dentro de las actuaciones disciplinarias. Eliminar de tajo la caducidad originaba la prescripción inmediata de un gran número de procesos de forma casi que automática. Esos dos elementos fundamentales, analizados y decantados por la academia, nos motivaron a hacer una reforma el año pasado para evitar que eso ocurriera.

La tercera razón para irnos a impulsar una gran reforma a la Ley 1952 de 2019 era la necesidad de evitar la impunidad. Si nos quedábamos quietos una vez posesionada como Procuradora, y no hacíamos nada, la suspensión transitoria convencional de la que les hablo continuaba. Mientras no se hiciera una reorganización del ordenamiento jurídico, seguían paralizadas las 12.142 actuaciones disciplinarias, más el resto de las quejas que, desde el 8 de julio de 2020, fecha de la sentencia, seguían presentándose contra funcionarios de elección popular. Eso nos obligó a encerrarnos a trabajar rápidamente en esa reforma para que no prescribieran esos miles de procesos con las consecuencias graves de impunidad que podían generarse en nuestro país.

Finalmente, la cuarta motivación para trabajar en la reforma tenía que ver con que el Estado colombiano, en las últimas décadas, ha suscrito una serie de instrumentos internacionales que buscan dotar a los Estados de herramientas efectivas para hacerle frente al flagelo de la corrupción que afecta la protección efectiva de un sinnúmero de derechos humanos. Esos instrumentos reconocen que órganos como la PGN puedan restringir el derecho de acceso a cargos públicos, sin distinguir si el funcionario es de elección popular o no, competencia que en los últimos años ha sido resaltada en los escenarios en los que se discute el impacto de la corrupción en el sistema democrático. Precisamente, gracias a la potestad disciplinaria, internacionalmente, la PGN se ha vuelto referente en la lucha en contra de la corrupción, y en la defensa de la ética, la transparencia y la moralidad pública.

Esos motivos fueron los que nos llevaron a la necesidad de irnos a trabajar duramente en la elaboración del proyecto que luego sería la Ley 2094 de 2021. Me posesioné como Procuradora el 16 de enero de 2021. Inmediatamente, nos encerramos, buscamos lo mejor en derecho disciplinario en el país, y nos dedicamos a trabajar desde el 16 de enero hasta el 16 de marzo: dos meses de trabajo para tener listo ese proyecto.

¿Y eso por qué? ¿Cuál era el afán?, dirán ustedes.

Además de la preocupación de la suspensión convencional de la que les hablo, el problema también era que el primero de julio de 2021 entraba en vigencia la Ley 1952; y si la Ley 1952 entraba en vigencia un minuto, la caducidad quedaba eliminada y las prescripciones con fundamento en el principio de favorabilidad empezaban a actuar y se podían caer muchas de esas 12.142 actuaciones disciplinarias que se encontraban quietas en virtud de la incertidumbre que nos generó la orden emitida por la sentencia de la Corte IDH.

¿QUÉ ORDENÓ LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO DEL EXALCALDE DE BOGOTÁ CONTRA COLOMBIA?

La sentencia, en virtud del proceso por la denuncia que planteó el exalcalde de Bogotá y hoy Presidente de la República contra una decisión tomada por la sala disciplinaria de la PGN en su momento, ordenó al Estado colombiano adecuar las normas internas a efectos de que las reglas que prevean restricciones a los derechos políticos a funcionarios de elección popular se ajusten al contenido literal del artículo 23.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, solo se pueden imponer sanciones disciplinarias de destitución e inhabilidad a funcionarios electos popularmente a través de un proceso penal y ante un juez competente. Dice un párrafo de la sentencia: "Sanción de inhabilitación o destitución de un funcionario público democráticamente electo por vía administrativa y no por condena en proceso penal, es contraria al artículo 23.2 de la Convención y a su objeto y finalidad."

Eso ordenó la sentencia, en un primer punto, y le dijo al Estado colombiano que debía adecuar su ordenamiento jurídi-

co, haciendo la salvedad de que no había necesidad de hacer una reforma constitucional, sino que se requería una legal para adecuar nuestro ordenamiento jurídico que le daba esa facultad a la PGN.

En un segundo punto, la sentencia determina que el Estado no respetó, en el proceso disciplinario del exalcalde de Bogotá, la garantía de imparcialidad ni el principio de presunción de inocencia; lo que originó, por lo tanto, una violación al derecho de defensa.

¿Y por qué dice la sentencia de la Corte IDH que el Estado colombiano violó esos principios?

Porque considera que, al haber sancionado al exalcalde de Bogotá, la PGN, a través de la sala disciplinaria, mediante un proceso de única instancia, en donde la misma sala realizó la etapa de instrucción, pliego de cargos, apertura de parte probatoria, y la misma sala practicó la etapa de juzgamiento, pedido probatorio y sanción, estaba actuando indebidamente violando la imparcialidad porque se podría hablar de un pre-juzgamiento. Si la misma parte o el mismo sujeto investiga e instruye, y luego juzga y sanciona, se considera que su mente está ya afectada en cuanto a su imparcialidad, por cuanto a que si fue esa persona quien elevó los cargos, ya tiene en su imaginario la idea de que debe sancionarse a ese funcionario disciplinariamente.

Por lo tanto, la norma que habla de un proceso disciplinario con etapa de instrucción y etapa de juzgamiento y decisión, podría ser legal y constitucional siempre y cuando el funcionario que instruye sea totalmente diferente, y que no exista subordinación alguna entre ellos. Separando estas funciones, se cumpliría con los principios de imparcialidad y de presunción de inocencia, y no se violaría el derecho a la defensa. Así, la sentencia obliga al Estado colombiano a que reorganice su

ordenamiento jurídico para efectos de que un solo funcionario no pueda cumplir con las dos etapas.

Estas fueron las dos órdenes que impuso la sentencia de la Corte IDH.

¿CÓMO SE ADECUÓ EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO PARA CUMPLIR?

Hay dos aspectos. El primero, analizar el principio de jurisdiccionalidad, pues se habla de que solo un “juez” y que ninguna autoridad administrativa podía emitir las sanciones. El segundo, el punto de la separación de funciones. Cuando empezamos a trabajar sobre el primer aspecto referido a que no podía una autoridad administrativa emitir sanciones relacionadas con destitución e inhabilitación de un funcionario de elección popular, nos encontramos con una gran preocupación: la estructura constitucional e institucional del Estado colombiano, a raíz de la Carta Política de 1991, elaboró un sistema de lucha contra la corrupción en nuestro país, distinta a lo que estaba ordenando la Corte IDH.

Me explico, la sentencia dice que una inhabilitación o una destitución a un funcionario de elección popular solo debe ser proferida por un juez competente en proceso penal. Pero, en el año 90, en virtud de tantos problemas de seguridad, de derechos humanos y de corrupción de los funcionarios de elección popular y de los servidores públicos, la Asamblea Nacional Constituyente consideró que uno de los temas esenciales de discusión era qué hacer con la PGN: ¿mantenerla vigente en el país o eliminarla? Esta Constituyente nació a raíz de un proceso de paz en donde grupos ilegales como el M-19, el Quintín Lame, y el EPL deciden entregar las armas y entrar a la legalidad. Esa constituyente pluralista, en donde participaron esos grupos que se entregaron a la legalidad y dejaron las armas, discute la importancia de la PGN. Allí se controvierte

mucho la necesidad de eliminar del país la figura de la PGN, que viene creada desde 1830 con una idea interesante del libertador Simón Bolívar como es la importancia de crear un poder moral dentro de la República que se encargue de vigilar la ética y la moralidad de los servidores públicos y, así, evitar la corrupción. Y miren las paradojas de la vida, en vez de eliminarla, la PGN salió fortalecida.

Se consideró que la PGN es un ente que no va a pertenecer más al poder ejecutivo, que debe ser autónomo e independiente, que debe ser un órgano de control que hace parte de la nueva estructura democrática de un Estado social de derecho, la cual no está conformada solo por el ejecutivo, el legislativo y el judicial, sino que, además, dentro de ese poder político de alto rango, hacen parte los órganos de control como lo es la PGN.

Además, como había que agregarle la preocupación por los derechos humanos, ya no iba a ser solo la PGN, porque la estructura de esta no tenía la capacidad de trabajar en derechos humanos como se necesitaba en ese momento. Como no tenía el funcionamiento, el personal ni la estructura para hacerlo, se creó la Defensoría del Pueblo para que complemente y fortalezca la defensa y protección de los derechos humanos desde el Ministerio Público.

Pero también se necesitaba en esa nueva estructura que en el territorio hubiera presencia para defender al ciudadano, luchar contra la corrupción y defender los derechos humanos. Entonces, se otorgaron a nivel territorial estas funciones a las personerías como pares también del Ministerio Público. Termina, así, lo que se denomina como el Ministerio Público, que rige o dirige la Procuradora General de la Nación en este momento, y que está compuesto por la PGN, las personerías y la Defensoría del Pueblo. Es decir, salió fortalecido.

Una de esas fortalezas derivadas de la Asamblea Nacional Constituyente fue determinar que a los servidores públicos en general, incluyendo los de elección popular, los debía investigar, juzgar y sancionar la PGN como órgano disciplinario externo, sin demeritar la investigación interna que hacen las Oficinas de Control Disciplinario Interno en cada uno de los organismos del Estado, llevada a cabo en las entidades públicas con una visión de jerarquía interna.

Dijo también la Asamblea Constituyente que no solo los jueces penales investigarían a los funcionarios de elección popular y a los funcionarios públicos en el ámbito de la comisión de delitos, sino que también, en el ámbito disciplinario, habría otras instituciones que podrían sancionar, como es el caso de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por ejemplo, en la pérdida de investidura, una autoridad diferente a un juez penal limita los derechos políticos. También es el caso de las decisiones sancionatorias disciplinarias de la PGN, que son revisadas por el Consejo de Estado, o la misión establecida para este mismo tribunal que, a través de la acción de nulidad electoral puede, al final, terminar restringiendo derechos políticos y, nuevamente, no se trata de un juez penal.

No contenta con eso, la Asamblea Constituyente le entregó al Congreso de la República la posibilidad de investigar disciplinariamente al Presidente; el Congreso tampoco es una autoridad penal. La pérdida de investidura y la facultad del Congreso para separar del cargo al Presidente de la República son investigaciones de carácter disciplinario para estar pendientes de la ética de los funcionarios de elección popular.

Reitero, esas facultades no las entregó la Asamblea Nacional Constituyente y la Carta Política del 91 a una autoridad de carácter penal, autoridad respetable también. Solo le dejó a esta autoridad la facultad para la investigación de delitos, mas no de infracciones a los deberes, que tiene que ver mucho más con la ética y con la moralidad de los funcionarios públicos.

También, uno podría cuestionarse, y esas son las preguntas que nos hacíamos cuando estábamos tratando de pensar el nuevo ordenamiento jurídico para acatar la sentencia, ¿qué pasaría entonces con medios de control como la nulidad electoral, que la maneja el Consejo de Estado? Hay mucha más tranquilidad para el país que sea el Consejo de Estado quien mire estos temas que tienen que ver con derechos políticos, y no que lo haga un juez penal en un momento determinado. ¿O qué decir de la función de revocatoria del mandato que tiene el Consejo Nacional Electoral (CNE)? También toca con aspectos políticos y, si bien no son sanciones, sí son formas de limitación de estos derechos. De esa manera, tampoco sería un juez penal quien estaría quitándole derechos políticos a estos funcionarios.

La estructura completa, que resulta de la Asamblea Nacional Constituyente, considera que, por lo delicado que es la ética de un servidor público, y más la de un funcionario de elección popular, eran la PGN, fortalecida, autónoma e independiente, y el Consejo de Estado, cabeza de lo contencioso administrativo en el país y con toda la experiencia del mundo en esa clase de temas, los que deberían, además del CNE y el Congreso, tocar aspectos relacionados con los derechos políticos de funcionarios de elección popular.

Se decidió entonces, para evitar una ruptura institucional, recurrir al artículo 116 Constitucional y otorgar facultades jurisdiccionales de manera excepcional a los funcionarios disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación. El artículo 116 de la Carta Política permite que, de manera excepcional, se le puedan otorgar facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas. Aunque la PGN no es una autoridad administrativa, la Corte Constitucional la ha incluido en el marco de aplicación del artículo 116 al analizar las funciones de policía judicial del ente de control. Igualmente, la propia Corte IDH, así como la Corte Constitucional colombiana, han manifesta-

do que las decisiones disciplinarias fruto de un proceso de esa naturaleza son, desde el punto de vista material, de carácter jurisdiccional. Teniendo esto en cuenta, esas facultades extraordinarias solo se otorgaron formalmente para la misionalidad disciplinaria de la PGN y no para otras misionalidades ni para otras dependencias como las personerías o las oficinas de control interno disciplinario.

La lectura y aplicación de esta norma, el artículo 116 de la Constitución, debe hacerse con visión amplia y de conjunto, entendiendo que es mejor no desarticular toda la arquitectura institucional orgánica establecida por la Asamblea Nacional Constituyente y por el artículo 113 Constitucional, y respetar la libertad de configuración estatal que debemos con tanto celo hacer valer.

COMPLEMENTO DE GARANTÍAS PROCESALES COMO IMPARCIALIDAD, DERECHO DE DEFENSA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El segundo punto de la sentencia hacía referencia a la necesidad de la adecuación de las normas disciplinarias frente al otorgamiento de las garantías procesales: imparcialidad, ayudar a que no hubiera violación del derecho a la defensa, y tener claridad en que había que creer en el principio de presunción de inocencia de los sujetos disciplinables. ¿Ahí qué hicimos?

Se ordenó en la Ley 2094 separar funciones: unos iban a ser los funcionarios que realizarían la instrucción y otros serían quienes realizarían el juzgamiento, sin que hubiera subordinación entre unos y otros. Se introdujo el sistema o principio acusatorio. De esa manera, entendimos que, evidentemente, había un problema de garantías procesales cuando era un solo servidor de la PGN quien ejercía las dos funciones.

Pero no nos detuvimos ahí. La Ley introduce también más garantías basadas en que el artículo 23.2 de la Convención, cuando habla de un juez penal, hay que entenderlo como que lo que quiere la Convención, y creo que es adecuado, es que las garantías que otorga el proceso penal también estén en el proceso disciplinario frente a las investigaciones contra funcionarios de elección popular. Esta es una lectura actualizada y sistemática derivada de una interpretación evolutiva: es lógico que una norma de mitad del siglo XX no puede ser entendida en pleno siglo XXI en sentido estricto literal.

Pensamos que la mejor interpretación y armonización de la Carta Política con la orden dada en la sentencia era esa: una interpretación evolutiva. Estos aspectos relativos a la jurisdiccionalidad fueron demandados ante la Corte Constitucional y nosotros, con la institucionalidad que debemos respetar siempre, acataremos la decisión que tome un ente tan importante como es la Corte Constitucional. Ellos, con su sabiduría y su experiencia, determinarán cómo solucionar esta preocupación que a nosotros nos surgió, y a la cual buscamos una salida que puede ser o no adecuada, pero que consideramos la más apropiada, y es la que está hoy vigente con la Ley 2094 y no ha sido revocada ni declarada inconstitucional hasta el momento.

Por eso, se introdujeron otras garantías iguales a las de los procesos penales como lo son la doble instancia y la doble conformidad en los procesos disciplinarios. También, para mayor garantía, la Ley 2094 introdujo la sala de juzgamiento de servidores públicos de elección popular. Solo se creó la de juzgamiento porque, siguiendo la línea del proceso penal colombiano, no se hacía necesario crear funcionarios de concurso para la instrucción, pues ellos se asemejan a los fiscales, quienes no tienen funciones jurisdiccionales, pero instruyen los procesos penales.

Una de las críticas hacia esta alternativa era que a estos funcionarios los iba a juzgar un procurador delegado que era nombrado a dedo por la señora Procuradora, y que eso podría generar algún tinte político de interés en la toma de decisiones. Ante esa insinuación, respetuosa y entendible, bajo la Ley 2094, el juzgamiento de los funcionarios de elección popular lo realiza una sala especial de juzgamiento de funcionarios de elección popular, que no los nombra la Procuradora General, sino que su designación se realiza por convocatoria pública y se nombra a los tres primeros que ganen el concurso de mérito correspondiente por un periodo legal de cuatro años. Apenas salió la Ley, comenzamos a trabajar con la Comisión Nacional de Servicio Civil para que haga el concurso y se nombre a los procuradores delegados de juzgamiento para funcionarios de elección popular, lo cual va a limpiar la posible duda de que fueran nombrados directamente por la Procuradora y pudieran tener un sesgo político de persecución frente a las investigaciones que se hicieran contra ellos.

Nuevamente, pensando en mayores garantías, el artículo 70 de la Ley 2094 hace obligatorio contar con defensores públicos en los procesos disciplinarios, sobre todo en esos procesos en los que, por las condiciones económicas o sociales del sujeto disciplinable, no tiene como tener un defensor profesional que sea pagado o remunerado; o para casos en los que se esté frente a personas ausentes y que no tengan apoderado.

Así rodeamos de garantías el proceso disciplinario para cumplir con el artículo 23.2 de la Convención desde nuestra perspectiva; una perspectiva que contempla que, cuando se habla de un proceso penal ante juez competente, se refiere a que tienen que tenerse las mismas garantías de un proceso penal. Otra garantía importantísima que incluye la Ley 2094 es el recurso extraordinario de revisión para que sea el Consejo de Estado con sus 27 magistrados, como autoridad jurisdiccional, quien revise las decisiones a través de ese recurso/proceso

que otorga toda una amplitud de oportunidades, quizás aún mayores a las que se tenía dentro del trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La idea es, entonces, que las decisiones contra funcionarios de elección popular no sean definitivas sino luego de la acción de revisión que defina el Consejo de Estado. Mientras tanto, la decisión sancionatoria no se ejecuta y queda pendiente hasta que salga la decisión definitiva del Consejo de Estado a través del respectivo recurso extraordinario de revisión.

Cuando se trate de faltas en contra de los derechos humanos o graves faltas al derecho internacional humanitario, no solamente las decisiones sancionatorias serán las que van al Consejo de Estado en recurso de revisión, como pasa con los funcionarios de elección popular y todos los servidores públicos, sino que, aquí, aun las absolutorias tienen también el recurso extraordinario de revisión. ¿Qué mayor garantía que quedar en suspenso la sanción para que solo se ejecute cuando un órgano de la más alta jerarquía y calidad tome la decisión?

¿QUÉ SE MODIFICÓ DE LA LEY 1952 DE 2019?

La Ley 1952 ordenaba que entráramos a la oralidad pura. En la Ley 2094, se estableció que la etapa de instrucción es por vía de escritura y la etapa de juzgamiento será oral o escrita, de acuerdo con lo que defina el procurador de juzgamiento con base en una serie de requisitos que no son taxativos sino enunciativos. El otro punto fue el relativo a la caducidad que la Ley 1952 cortó de tajo. La Ley 2094, que era lo más adecuado, estableció un periodo transicional de 30 meses para tratar de ver cómo evitábamos al máximo las caducidades o prescripciones que se podían presentar en virtud de la eliminación de la caducidad. Por lo tanto, desde el 29 de marzo, fecha en que entró a regir la Ley 2094, tenemos 30 meses para ir acoplándonos a la idea de que en la actuación disciplinaria ya no hay

caducidad. La institución de la caducidad se elimina, pero en estos 30 meses adecuamos y tratamos de sacar esos procesos que podrían prescribir.

Colombia es un país pionero a nivel mundial en materia de derecho disciplinario. Nos hemos caracterizado, con todo lo que ha ocurrido en épocas anteriores a la Ley 200 del 95, por ser un país que tiene un derecho disciplinario fortalecido distinto al derecho penal. El derecho penal es para la justicia penal ordinaria y el derecho disciplinario es otro camino dentro del derecho sancionatorio. Es un camino de la PGN, de las oficinas de control interno disciplinario y de las prisiones. Son dos derechos distintos.

La academia, las instituciones y todos los servidores públicos que juramos lealtad a la Constitución y a la ley en el momento de posesionarnos nos hemos encargado, con el paso de los años, de ir construyendo ese camino de un derecho disciplinario robusto que hoy concluye en lo que puedo calificar como el Código Disciplinario más garantista de todos los tiempos.

El hecho de que un servidor público sea elegido mediante voto popular no puede ser un escudo para pretender ser investigado solo por la vía penal, porque hay muchas infracciones disciplinarias que no son delitos, porque la infracción disciplinaria toca más la ética y la moralidad que la consecución de un delito. Entonces, no es posible que, amparados bajo el voto popular, lo usen como un escudo para evitar un control disciplinario. Al funcionario de elección popular debe exigírsele mucha mayor probidad, mayor ética, mayor transparencia y apego a la ley para, de esa manera, no defraudar al sector social que le confió sus derechos y representación política al elegirlos. El cargo que ejerce no es en función del partido político que lo llevó a ejercerlo, sino en representación de toda la comunidad y de toda la sociedad.

La sentencia nos hacía críticas en la falta de garantías en las actuaciones disciplinarias -comparadas con el derecho penal-, pero hoy no hay duda sobre ello; con lo que hasta aquí he expuesto a grandes rasgos, les puedo decir que los servidores de elección popular cuentan con todas las garantías procesales y sustanciales que a nivel internacional se han exigido para poder ser investigados sin ningún problema. Hoy, entonces, nos toca afrontar los cambios estructurales derivados de la Ley 2094.

Al separar funciones de instrucción y de juzgamiento, nos encontramos con otro problema. Nos empezamos a preguntar qué hacemos. En cada departamento hay un solo procurador regional y hay que separar funciones. Nos tocaba, entonces, pedirle al Presidente de la República y al Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) que nos ayudaran a mirar cuál era la planta laboral que necesitábamos para cumplir con esa ordenación de la Corte IDH.

Muchos dicen que la sentencia no dice que hay que nombrar gente, pero la sentencia dice que no se pueden cumplir las dos funciones por un mismo funcionario. Y si no se puede hacer lo que antes hacía un solo funcionario, se requieren dos. De ahí la necesidad de ampliar la planta de personal. Se logró y el Presidente de la República y el DAFP nos entregaron un estudio de los cargos que se necesitaban, 1.208 cargos, y nos autorizaron, por un decreto presidencial, la creación de los mismos.

Por una situación de problemáticas propias de parálisis en el desarrollo económico del país por la pandemia, era lógico que nos dijeran que no nos iban a dar presupuesto. En ese sentido, estamos reorganizando y haciendo recortes al interior de la PGN en otros gastos que habíamos pensado para efectos de empezar paulatinamente a cumplir con la Ley 2094 que ya está rigiendo y que nos obliga a separar funciones.

Dicho esto, para finalizar, no podemos retroceder en esa lucha de seguir atacando la corrupción y evitando la impunidad que nos originaba la suspensión convencional de los procesos contra funcionarios de elección popular. Además, el derecho penal no está en las condiciones de asumir la responsabilidad de vigilar la eticidad y la transparencia de los servidores públicos.

Queremos llegar a todos los servidores públicos, estudiantes y personas interesadas en el tema para explicar de forma sencilla las bondades de esta nueva norma disciplinaria, así como los beneficios que representa en nuestro ordenamiento jurídico. Si seguimos analizando la Ley a detalle, nos encontraremos con más y más cambios (tanto significativos como mínimos) que redundan en beneficios para la seguridad jurídica y el debido proceso de los disciplinables.

Por último, quiero agradecer el interés que demuestran al participar en estos espacios. Ello nos permitirá seguir construyendo conocimiento en esta importante materia, siempre al servicio de nuestro país a partir de una visión reflexiva, crítica y abierta a cualquier opinión.

Como Procuraduría, tenemos la misión de fortalecer la democracia y la institucionalidad en nuestro país; fortalecerla con la legalidad, con la protección de los derechos humanos, y dejar una suficiente capacidad institucional que tenga las herramientas y la fuerza para seguir dando la lucha contra la impunidad y contra la corrupción.

La Constitución del 91 robusteció la autonomía e independencia propia de los entes de control, y es nuestro deber prevenir, defender y garantizar ese orden constitucional. Una interpretación rígida de la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte IDH nos llevaría a que en Colombia desapareciera el Estatuto Disciplinario para los servidores de elección popular bajo ese criterio limitante de que ninguna autoridad, aun aquellas de carácter

judicial que no hacen parte de la justicia penal, podría imponer sanciones que impliquen la restricción de los derechos políticos. No se nos olvide, no todas las infracciones disciplinarias alcanzan la categoría de delito, razón por la cual las acciones o mecanismos que fueron diseñados por la Constitución del 91 para proteger el debido ejercicio de la función pública desaparecerían de nuestra Constitución y de nuestra normativa.

Mientras las normas y reglas estén vigentes, y la legalidad exista, la PGN tiene que hacerlas cumplir y lo hará de manera objetiva y de manera equitativa, siempre bajo las garantías del debido proceso y cumpliendo los principios de imparcialidad, de buena fe y de respeto por el ser humano. La búsqueda de la conciliación y la reconciliación se logran cuando la PGN actúa correctamente; cuando actúa primero y siempre en lo preventivo y solo como *ultima ratio* actúa en lo disciplinario para imponer sanciones.

Seguiremos bajo la guía del debido proceso y de todas estas nuevas garantías que nos ofrece la Ley 2094 de 2021. Ojalá que sea lo mejor para nuestro país, ojalá que la institucionalidad se respete, y ojalá que todos quedemos tranquilos en esta discusión frente a una grave tensión axial entre la sentencia y ordenación de la Corte IDH y la estructura organizacional constitucional de nuestro país y de nuestra democracia.

No podemos olvidar que la Convención Americana hay que interpretarla de manera completa, mirando por ejemplo el artículo séptimo numeral 5, o el 29, y no en forma aislada en un solo artículo, el 23.2, y de una forma que, a mi manera de ver muy personal, no cubrió la totalidad del concepto de derechos políticos, de quiénes son los beneficiarios de esos derechos políticos además de los electos popularmente, y de cómo proteger también a sus electores y a la ciudadanía afectada por actos de corrupción o faltas de ética y de cumplimiento de sus deberes funcionales.

Siempre habrá un punto de encuentro y estoy segura de que los órganos judiciales mirarán lo mejor para que la democracia siga rigiendo. Lo que sí no se puede permitir es que los servidores públicos elegidos popularmente gocen de impunidad disciplinaria y solo se pueda pensar que la única sanción que les cabe es la derivada de un proceso penal.

Copia privada para el Ejército Nacional

**LA FIRMEZA
SOBERANA DE LA
INSTITUCIONALIDAD
CREADA POR LA LEY 2094
DE 2021**

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU
Exviceprocurador General de la Nación

02

Copia privada para el Ejército Nacional

LA FIRMEZA SOBERANA DE LA INSTITUCIONALIDAD CREADA POR LA LEY 2094 DE 2021

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU
Exviceprocurador General de la Nación

Utilizamos la expresión firmeza porque, primero, la Procuraduría General de la Nación es única, solo existe en Colombia, a diferencia del derecho administrativo disciplinario en el mundo que nació y se expandió a partir de la potestad doméstica de la Administración, dependiente de facultades exorbitantes de la administración para disciplinar a sus propios servidores, y que tuvo su marco de desarrollo como control interno disciplinario. La Procuraduría y el derecho disciplinario en Colombia nacen constitucionalmente como control externo, única parte del orbe donde se produjo por primera vez tal fenomenología jurídica, esto es, existe control externo en Colombia como algo sui generis, habida cuenta que todos los controles disciplinarios en el mundo son de naturaleza interna.

Y segundo, hablo de la firmeza porque la Procuraduría General de la Nación fue una creación proveniente de la mente genial del Libertador Simón Bolívar, puesto que sólo un gran estadista como él pudo concebir una institución como la mencionada, de la cual decía que, ciertamente, debíamos seguir las experiencias europeas en materia de estructura del Estado, especialmente para los efectos de control al dividir el poder en legislativo, ejecutivo y judicial, y en esa época se comprendía la tridivisión de una manera radicalmente dogmática por teorías como las de Montesquieu en derecho político y Beccaria en derecho penal, donde uno cualquiera no podía injerir ni

asumir funciones del otro, cuyos límites eran absolutamente infranqueables a partir de las funciones asignadas.

Afirmaba Bolívar que nos debíamos servir de las experiencias externas, pero que no debíamos copiarlas a rajatabla, sino que resultaba necesario pensar en nuestra propia idiosincrasia y lo que resultara acorde con ella, ideando la creación de un cuarto poder al lado del legislativo, ejecutivo y judicial, con un nivel jerárquico y de importancia institucional similar.

Simón Bolívar se anticipó a todo el derecho constitucional y al derecho público del mundo, en cuanto mucho después se concibieron órganos autónomos e independientes, al lado de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo. Pero la genialidad de Bolívar estriba en que concibió el llamado "*Poder Moral*" al lado de los tres poderes dogmáticamente concebidos, para una adecuada y apropiada atribución y el contrabalanceo del poder político estatal.

El "*Poder Moral*" fue concebido por Bolívar desde dos perspectivas: una preventiva y una retributiva, o podríamos decir con sentido técnico jurídico, de carácter sancionatorio negativo, facultades que ha ostentado siempre la Procuraduría General de la Nación. El órgano de control se ha caracterizado por tener una función preventiva, yo diría que profiláctica, propedéutica en materia de moral pública y administrativa, pero además tiene un Instituto de Estudios del Ministerio Público que se ocupa de hacer investigaciones sobre el tema, y su labor disciplinaria concebida en términos retributivos. Las demás labores de intervención en lo administrativo son labores que le apuntan y complementan a la función preventiva.

Pero ese "*Poder Moral*", al que llamó el Areópago tenía dos salas: una sala disciplinaria retributiva y una sala de intervención e inspección educativa, a través de las cuales miembros colegiados diseñaban una política pública de naturaleza mo-

ral obviamente, para preparar a las nuevas generaciones que habían vivido bajo un régimen colonial de desigualdad, de opresión, además con costumbres poco alentadoras para la vida independiente, pues el colonizado tendía a sobrevivir de una manera excepcional, haciendo malabares y cosas no santas; digámoslo sin rodeos: a ser medio tramposos para poder sobrevivir.

Y afirmaba Bolívar que teníamos que preparar a las nuevas generaciones para asumir su independencia y ese cuerpo del Areópago tenía esa encomiable labor cívica y de preparación democrática: diseñar los planes para que se formaran las nuevas generaciones bajo un concepto de moral cívica y moral pública; es decir, lo que nuestra Constitución llama como principio rector y cardinal de la Constitución actual como moral pública o ética de lo público.

La otra Sala era propiamente disciplinaria, que no fue concebida —fíjense ustedes la importancia del tema— por Bolívar simplemente como un organismo sancionatorio de naturaleza administrativa tal cual como existía en el mundo entero, por ejemplo en Francia donde tuvo origen la llamada “*potes-tad doméstica*”, sino como órgano autónomo e independiente respecto de los cuadros jerárquicos de los entes públicos en todas sus manifestaciones, como expresión de una rama del poder público diferente a los tres clásicos conocidos en la Francia y la Inglaterra decimonónicas.

Y a pesar de la existencia de la Rama Judicial, Bolívar concibió al Areópago como un cuerpo colegiado de naturaleza jurisdiccional, no como un juez unipersonal, es decir, el “*Poder Moral*” en su función disciplinaria era un cuerpo jurisdiccional.

Por eso hablo aquí de firmeza soberana de la institucionalidad de la Procuraduría general de la Nación, pues históricamente hace parte de nuestra vida republicana, nos fue dada por

nuestros propios constituyente a partir de una idea original y autóctona, porque si algo se parece hoy a lo que pensó el Libertador Simón Bolívar, es el diseño que se le dio a la Procuraduría General de la Nación por la actual procuradora, Dra. Margarita Cabello Blanco, cuestión que nos debe enorgullecer por constituirse en un verdadero aporte al Derecho Comparado.

La reforma constituida por la Ley 2094 de 2021, al institucionalizar una delegación de facultades judiciales, no sólo no irrespetta tratados internacionales sobre Derechos Humanos, sino que interpreta a los mismos de manera coherente, pues si se observa bien los artículos 9 numeral 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 numeral 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, bien se puede apreciar como es posible, salvo que otra cuestión se disponga a nivel interno sobre reserva judicial estricta en materia de libertad personal como lo hace el artículo 28 constitucional, se puede atribuir a autoridades administrativas funciones judiciales en materia penal, con mayor razón en materia disciplinaria, con fundamento en el artículo 116 constitucional en la medida en que se respeten los cánones de hermenéutica jurídica sobre estándares superiores de garantías como los exigidos por el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, el examen a efectuar para cumplir con un adecuado control de convencionalidad no reside en argumentos nominales y formales, sino sustanciales y materiales como se impone por lo estipulado en el artículo 228 de la Carta Política.

Estamos convencidos que es la mejor interpretación que se ha hecho en doscientos años de estar respirando el espíritu del "*Poder Moral*" ideado por Bolívar, toda vez que cuando se habla del ADN del mismo, se está haciendo referencia necesariamente a la Procuraduría General de la Nación, habida cuenta que es, desde el punto de vista institucional, lo que más se acerca a la visión que tuvo el Libertador.

Estas fueron ideas que se venían madurando desde más o menos 1815 cuando craneaba Bolívar la estructura del Estado y que se trasuntaron en un Decreto que firmó el Libertador como acto de preparación para el Congreso de Angostura de 1819. Sin embargo, muy a pesar de que ello fue aprobado en el Congreso para llevarlo al poder constituyente de Cúcuta de 1821, finalmente no se adoptó la Procuraduría General de la Nación dentro de la estructura constitucional del poder político, a pesar de que por ley sí se aceptó lo que bien se podría denominar un buen reflejo de ella, representado por los síndicos personeros del común, que equivalen más o menos los personeros municipales hoy día y algunos fiscales de distrito, que resultan referenciados con lo que son hoy los procuradores regionales, aun cuando aquéllos vigilaban sólo el comportamiento de los servidores y trabajadores de los tribunales de distrito.

En 1830 se aprueba en esa Constitución por primera vez, para ser parte del cuerpo constitucional, la Procuraduría General de la Nación y se defirió a una Ley Orgánica que hiciera sus desarrollos, señalando muy claramente, que la Procuraduría se encargaría de la supervigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, es decir, la idea de Bolívar fue plenamente aceptada, el derecho disciplinario como órgano de control externo, que es lo que nos hace diferentes de todos los demás países del mundo occidental del civil law, puesto que en eso somos únicos.

El derecho disciplinario en Colombia no es derecho de la “*potestad doméstica*”, no es derecho del control interno, el derecho disciplinario nace en Colombia como control externo, y sólo después por leyes posteriores a la Constitución Política de 1886 surge el “*control interno disciplinario*”, apurado por necesidades logísticas y materiales, porque el procurador general de la Nación obviamente —radicado en Bogotá— no podía a lomo de mula ocuparse de todas las expresiones de

las entidades públicas para realizar el control de sus servidores, no podía ir a todas partes del país cuando el traslado de lugares implicaban meses de travesía por montañas y selvas inhóspitas, por lo que se comienza a entregar por leyes a los gobernadores y a los prefectos de provincia ciertas facultades disciplinarias, lo que se hacía a través del Código de Régimen Político y Municipal de 1887, que en esa época se denominaba derecho correccional.

También la famosa norma que conocimos muchos, en nuestros primeros años de ejercicio profesional hace cuarenta años, como lo fue la Ley 4.^a de 1913, otras leyes de 1958 y 1960, posteriormente la Reforma Lleras en el 1968, algunos decretos de 1974 y ya comienza utilizarse la expresión control interno, que se materializa con la Ley 13 de 1984 y se consolida en la Ley 200 del 1995, Ley 734 del 2002 y , obviamente, la Ley 1952 del 2019.

Tales facultades disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación estaban integradas a la Presidencia de la República desde la Constitución de 1830, pero desaparecen en la reforma del 1843 y vuelven a aparecer en la de 1863, definitivamente instalándose en la Constitución Política de 1886, pero como un organismo adscrito a la Presidencia de la República, aunque con una gran autonomía práctica, de hecho fue concebido como un verdadero *Magisterio Moral* y la Procuraduría siempre fue comprendida como ejemplo de independencia—, de lo cual dio cuenta paradigmática aquel acto del procurador Aramburu, llamándole la atención al presidente Carlos Lleras Restrepo por una supuesta intervención en política.

Dependía y estaba adscrita al ejecutivo, pero los presidentes respetaban la autonomía de la Procuraduría General, hasta que obviamente de alguna manera la Constitución de 1991, bajo los nuevos conceptos de los Estados constitucionales

de derecho, creó un órgano de control autónomo e independiente, que se acerca un poco más a lo que Bolívar pensaba (artículos 118, 113, 275 y ss); aunque, la realidad, es que el Libertador pensaba que debía ser un poder tan importante y de la misma talla y jerarquía que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

La Procuraduría, en cierta forma, diríamos que ha tenido un respaldo en la jurisprudencia de los altos tribunales: Consejo de Estado, Corte Constitucional, a través de la cual se va produciendo una gradual, digamos, jurisdiccionalización del poder disciplinario, muy especialmente por lo afirmado en las sentencias C-014 del 2004, SU-901 del 2005 y T-350 de 2011, según las cuales la función disciplinaria es Administración de Justicia en sentido material, no en sentido formal. Pero se tenía el antecedente de la Reforma Lleras de 1968, que creó también —único en el mundo— el Tribunal Disciplinario como ente jurisdiccional adscrito a la Rama Judicial del poder público, que conocía de los procesos contra los miembros de las altas cortes y en segunda instancia en materia de jueces, magistrados y abogados de que conocían en primera los tribunales de distrito, lo que se ratifica con la Constitución de 1991 con la institucionalización de la Jurisdicción Disciplinaria representada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial con sus respectivas homólogas a nivel territorial, según la reforma constitucional de 2015.

Algunos dirán: «Pero es que también el Consejo Superior de la Judicatura existe en España». Sí, claro, en España el Consejo Superior de la Judicatura es un órgano administrativo, no un órgano judicial, y las decisiones que se toman allá son decisiones de tipo administrativo y no sentencias de naturaleza judicial.

En la única parte del mundo que se ha ensayado y materializado una visión jurisdiccional del derecho disciplinario es en Colombia y eso creo que, sin duda alguna, se le debe al genio de Simón Bolívar; aunque obviamente la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha ido evolucionando sobre el reconocimiento de que la administración de justicia disciplinaria es administración de justicia en sentido material aun en los casos del derecho disciplinario administrativo.

En la sentencia T-350 del 2011 de la Corte Constitucional dice la rectora de la jurisprudencia constitucional, es que es tan importante el derecho disciplinario como una forma de Administración de Justicia al discernir sobre derechos, obligaciones, deberes y sanciones, que se trata de una verdadera justicia en sentido material, por lo que todos los operadores disciplinarios incluidos los de naturaleza administrativa, deben aplicar en sus procesos los principios de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; esto es, prácticamente lo único que la diferencia de la administración de justicia propiamente dicha es un concepto puramente formal, donde la primera pertenece al órgano judicial y la Procuraduría es un órgano de control autónomo e independiente y ciertos remanentes pertenecen a la rama ejecutiva como parte de la organización propiamente administrativa.

Pero otro gran sector de nuestra disciplina tiene naturaleza jurisdiccional, porque también hace parte de esta visión, las labores que hace el Consejo de Estado en materia de pérdida de investidura y las que hace también de naturaleza judicial la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Colombia es el único país del mundo que ha concebido un sector de la justicia disciplinaria como justicia en sentido formal: Consejo de Estado y tribunales de departamento con la Pérdida de Investidura, anteriormente el Tribunal Disciplina-

rio, después el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y obviamente justicia disciplinaria en sentido material y formal, e lo que concierne con las decisiones de la Procuraduría General de la Nación a partir de la Ley 2094 de 2021, perviviendo las decisiones disciplinarias puramente administrativas pronunciadas por órganos administrativos como lo son los de control interno.

¿Qué significa esto? Sin más ni más que ha calado en nuestra institucionalidad el pensamiento de Simón Bolívar. Todas estas, digamos, características que planteaba el Libertador Simón Bolívar hacen que el derecho disciplinario en Colombia sea único en el mundo, y que definitivamente tengamos que decir que el derecho disciplinario reclama un estatus muy especial al lado de las demás ramas del derecho, como el derecho penal o el administrativo, y que no resulta ser simplemente un apéndice del derecho administrativo como piensan los administrativistas.

Es que bien lo dicen los españoles, si el derecho disciplinario administrativo es un apéndice del derecho penal y los que más lo infravaloran afirman que «es un derecho penal en miniatura», claro está, ello sólo es viable entenderlo ante un derecho disciplinario de la potestad doméstica de la administración, como el mismo nombre «potestad doméstica» así lo sugiere ¿Será que esto resulta aplicable a Colombia? Yo no creo.

Además, si el derecho disciplinario es un apéndice del derecho sancionador administrativo, se le estará otorgando la misma importancia a la función de controlar a un banco por parte de una Superintendencia Financiera al acto de controlar la ética de los servidores públicos? Me parece una profunda equivocación, tremenda hipostatización negativa, cuando es obvio que artículos como el 88, 92 y 209 de la Carta Política resaltan

por encima de cualquier sistema de control aquel que va referido a la ética de lo público. ¿Es lo mismo controlar la moneda, el ahorro, el paisajismo, controlar aduaneramente los recursos parafiscales, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que controlar el comportamiento ético de un funcionario? ¿Es lo mismo el proceso sancionador administrativo que lleva a cabo la Contraloría cuando no le rinden los informes que solicita a los servidores públicos, que la labor que hace la Procuraduría General de la Nación? ¿Son lo mismo las normas de tránsito y las multas que se colocan por infracciones de tránsito que la censura ética-jurídica por el comportamiento disciplinariamente relevante de un servidor público?

Metafóricamente: ¿El el apéndice sirve para algo? , ¿para qué servirá entonces? Porque, hasta donde sabemos, para lo único que sirve el apéndice es para que nos dé apendicitis o peritonitis, no sirve para nada más. Ahora imagínense, si no sirve el apéndice, ¿para qué servirá el apéndice del apéndice?

Entonces creo que es hora de que evaluemos nosotros esa teoría de que el derecho disciplinario es derecho administrativo y es expresión de la potestad doméstica de la Administración, porque es que el derecho disciplinario es eso y mucho más. Dijo la Corte Constitucional en sentencia C-417 del 93 que el derecho es uno solo, cualquiera que sea su expresión y naturaleza. Y la sentencia T-276 del 2004, entre muchas otras fue mucho más allá, precisando que el derecho disciplinario también tiene una vertiente privada.

Pero además, el derecho disciplinario que conlleva a sancionar a deportistas no es derecho público, pero se manejan públicamente por las liegas de deportes adscritas a los municipios, incluso muchas instancias tiene su comienzo aquí en Colombia, pero su segunda en tribunales internacionales de naturaleza privada, lo que no tiene nada que ver con la potestad doméstica, nada tiene que ver con el empleador y el

derecho disciplinario de la función pública, como tiene lugar en organismos internacionales de la FIFA.

Entonces, imagínense una potestad doméstica de naturaleza administrativa explicando a organismos de jurisdiccionales, políticos , como ocurre con competencias constitucionales del Congreso de la República a través del *impeachment*, donde se ejerce poder disciplinario, y segundo, cómo una potestad doméstica va a explicar el derecho disciplinario, público y privado internacionales.

En Europa, en la Comunidad Económica Europea, existe un derecho disciplinario público, en la Corte Penal Internacional hay un derecho disciplinario público, pero también tenemos múltiples ejemplos de derecho disciplinario privado a nivel internacional. Y en Colombia existe gracias al pensamiento de Simón Bolívar que concibió una institución única en el mundo, sin copiarla, como él mismo dice en sus documentos de 1815, no podemos copiar acríticamente lo que existe en otros países, tenemos que pensar nuestras instituciones a partir de nuestra propia idiosincrasia, por lo que hoy podemos dar respuestas satisfactorias a todas estas aporías del derecho disciplinario fundado exclusiva y excluyentemente en la función pública.

Diría que lo único que tiene Colombia, en realidad, para aportarle al derecho comparado es el derecho disciplinario, digamos también que la acción pública de inexequibilidad y una que otra cosa, pero sin alcances sistemáticos.

Y por eso se sorprenden los profesores españoles y portugueses cuando nos reunimos, y todos los profesores de los países latinoamericanos, en la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario, por lo que significa el derecho disciplinario colombiano frente a todas las demás partes del mundo.

Es en la nueva legislación donde se ha dado un paso definitivo, diría yo, para aproximarnos a la visión de Simón Bolívar, pero lo interesante de esto es que no se hizo copiándolo, lo que pensaba el Libertador en esa época, porque son épocas diferentes, sino que se hizo al compás de la evolución del derecho procesal y de las exigencias de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, así ello no se quiera reconocer muy a pesar de lo señalado en los artículos 9 numeral 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 numeral 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Algunos critican diciendo: pero, ¿cómo así que se le entrega a un órgano administrativo el poder disciplinario? Oiga, pero si es que el poder disciplinario en todo el mundo lo tienen son los órganos de control interno, dependiente del jefe, del empleador directo, y aquí en Colombia lo tiene la Procuraduría General de la Nación que, en principio, es un órgano de control autónomo e independiente, entonces, ¿cómo van a hacer en todo el mundo con el derecho disciplinario de ahora en adelante?

Pero, además, debe decirse respecto de lo que dispone el artículo 23 numeral 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que no es exacto que el poder judicial solamente sea la expresión de la Rama Judicial como tal y concebida dogmáticamente como lo hizo Montesquieu, ello no es cierto del todo, eso no existe con tal radicalidad en ninguna parte del mundo. Vemos tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, muchas instituciones que tienen que ver con el aseguramiento de derechos fundamentales, donde se establece que estarán en manos de uno de los poderes públicos que determina el país contratante o en otra institución que en ellos exista, sin que necesariamente tengan naturaleza judicial.

Yo creo que cometen un gran error los críticos de la reforma, de hecho, mi propuesta era diferente, estaba referida a la creación de lo que se debería llamar una jurisdicción convencional, pero eso no significa que, si se tomó partido por otra propuesta, por otro modelo, necesariamente tenga que ser rechazado, cuando ese modelo responde no solamente a lo convencionalmente establecido, como ya lo vimos, sino también a nuestra Constitución.

El juicio no tiene que ser formal, porque ninguna norma autoriza que las interpretaciones literales sean válidas; al contrario, se rechazan, examinen la jurisprudencia de la Corte Constitucional y verán como se rechazan las interpretaciones gramaticales-literales. La misma Corte IDH así lo ha establecido en la sentencia del Caso Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica, rechazando de tajo la interpretación literal, puesto que la interpretación literal es un punto de partida, pero no es un punto de llegada para la interpretación correcta.

Imagínense si la interpretación literal fuera válida, ¿qué podríamos hacer nosotros con el artículo 230 de la Constitución nacional colombiana?, que dice: «Los jueces solamente están sometidos al imperio de la ley», es decir, la Constitución no vale nada ante la letra de la ley, porque los jueces tienen que estar sometidos sólo al imperio de la ley.

El juicio que debemos y tenemos que hacer de adecuación tiene que ser un juicio material, que implica el respeto por los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, y sí tenemos que decir que en la Ley 2094 de 2021, sobre el diseño de la nueva Procuraduría General de la Nación para efectos de juzgamiento y sanción de los funcionarios de elección popular, está más que sobrado como lo expusimos en el concepto rendido por encargo de la Universidad Externado de Colombia en el juicio de constitucionalidad que se tramita en la Corte Constitucional.

La sala está compuesta no por un funcionario unipersonal sino por tres personas, es decir, es un juez plural, como lo concibió Bolívar, la sala tiene funciones jurisdiccionales, aquí dirían algunos: «Aaah, pero es que se trasladaron en bloque las funciones jurisdiccionales». Bueno, de pronto sí, pero eso no significa que sea inconstitucional la norma que le atribuye funciones jurisdiccionales a la sala de juzgamiento de servidores públicos de elección popular, porque lo que buscó la ley fue solventar el problema que se creó a raíz de la sentencia de julio 8 del 2021 de la Corte IDH.

Es posible que la Corte acepte eso, pero también la Corte puede decir: es perfectamente constitucional si interpretamos que las funciones jurisdiccionales son para esa sala. Los funcionarios por supuesto que son independientes, no hay funcionario más independiente en Colombia que los de la sala de juzgamiento de los servidores públicos de elección popular; ni siquiera un magistrado de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional llega con semejante independencia, porque el procurador general de la Nación no los nombra, los reconoce a partir de un concurso público de méritos, y no es que se vaya a nombrar de la lista al que está en el puesto diez o doce, es que tiene el procurador que nombrar al uno, al dos y al tres, cualquiera que sea el nombre que tenga, no puede hacer nada más.

Es decir, el procurador tiene un acto en sus manos de naturaleza simplemente declarativa, jamás un acto de naturaleza constitutiva, actúa como un simple notario. El procurador no puede quitarle los procesos a tal sala especial de juzgamiento, no puede ni designar funcionarios o comisiones especiales para investigar y fallar en esa materia, tal como la misma ley lo estatuyó de manera expresa; tienen los procuradores jurisdiccionales períodos fijos, y hasta aquí perfectamente puede decirse que se han respetado los estándares internacionales señalados por la Corte IDH para concebir a un juez imparcial

e independiente, como lo ha expresado este tribunal en su sentencia de febrero 16 de 2021 contra Perú.

Pero hay más, agreguen, garantía plena en segunda instancia, incluso para practicar pruebas si el funcionario ha sido condenado y en segunda se da cuenta de que hay una prueba que lo favorece, puede practicar la prueba que lo favorece para absorberlo, eso no existe ni en penal, eso es una garantía superior a las que existen en el proceso penal.

Pero me dirán: «Aaah sí, pero también puede revocar la sentencia absolutoria y condenar en segunda instancia». Sí, claro, pero entonces se activa un nuevo mecanismo que se llama la doble conformidad y también esa posibilidad de decretar pruebas a favor opera en este mecanismo especial.

Se instituyó la defensoría pública de oficio, ahora dirán algunos: «Oye, pero es que eso nada más es para aquellos casos en los cuales la persona necesita un defensor y no tenga recursos económicos con qué contratarlo». Sí, claro, eso es cierto, pero es que como los estándares del artículo 23 numeral 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos son los de un proceso penal, entonces el defensor no es que sea voluntario, sino que es obligatorio poner al defensor de la Defensoría Pública para los servidores públicos de elección popular, ahí necesariamente la defensa tiene que ser obligatoriamente pública, si no tiene defensor de confianza.

Y podemos seguir más. No hay posibilidad de revocatoria directa, porque como es un acto jurisdiccional la revocatoria directa solamente cabe contra actos administrativos.

Pero es que, además, basta con interponer el recurso extraordinario de revisión para que no se ejecute la sanción, que queda pendiente si se interpone el mismo y es aceptado. Y queda en pendencia mientras se tramita el recurso ante la Jurisdic-

ción Administrativa, queda suspendido el fallo sancionatorio mientras se resuelve de fondo; quedando todavía la posibilidad de la tutela.

¿Podrá existir un proceso en el mundo con más garantías que las que tiene en un proceso disciplinario que parte del principio acusatorio, exponiendo la necesidad indiscutible de la separación de roles investigación-acusación por un lado y, juzgamiento y sanción por otro? ¿Da lo mismo que a uno lo juzgue un juez de Mapiripán, por allá perdido en el territorio nacional, a que lo juzgue una sala de tres procuradores jurisdiccionales que tienen la misma calidad de magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de justicia? ¿Da lo mismo tres magistrados con separación de poderes que un juez unipersonal?

Creo, además, respetando la voluntad de Bolívar, que las decisiones trascendentales de la República tienen que tomarse por autoridades nacionales, que era una de las ideas del Libertador. Por eso Bolívar pensaba en un procurador general de la Nación.

Creo que definitivamente la estructura del derecho disciplinario en Colombia, no hablo solo de la estructura del derecho disciplinario que maneja la Procuraduría General de la Nación, sino la estructura que maneja el Consejo de Estado con la pérdida de investidura y los tribunales y la Comisión Nacional y las comisiones seccionales de disciplina judicial, nos muestran como diferentes, de manera que si nosotros subvertimos esto al postular que tiene que ser una interpretación literal del artículo 23 de la Convención Americana, no nos avocamos a una reforma constitucional, sino a una sustitución de la Constitución, a que tengamos que hacer una nueva Carta Política, y eso viola todos los principios de soberanía algo inviolable de conformidad con la carta e las Naciones Unidas, en tanto se respete el estándar de garantías. El artículo 1 del Pacto Inter-

nacional de Derechos Civiles y Políticos dice: la integración internacional tiene que partir del respeto por la soberanía popular, y el artículo 9 de la Constitución lo repite: la integración internacional tiene que respetar la soberanía popular.

Como tiene que ser un juez penal en proceso penal, entonces el *impeachment* disciplinario que se sigue contra el Presidente de la República, que es un funcionario de elección popular, ¿no sirve? Entonces tenemos que modificar el juzgamiento disciplinario del Presidente de la República, los senadores y representantes, los diputados y los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales, que son funcionarios de elección popular. ¿No pueden ser procesados por el Consejo de Estado, porque este y los tribunales administrativos no son jueces penales?

Vayámonos también a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las comisiones seccionales. ¿Qué van a hacer con los jueces de paz?, si los jueces de paz son de elección popular y los magistrados no lo son en materia penal, sino que es un magistrado disciplinario, ¿entonces también ello es contrario al artículo 23 numeral 2° de la Convención Americana?

Copia privada para el Ejército Nacional

**LAS FACULTADES
JURISDICCIONALES
DE LA PROCURADURÍA
GENERAL DE LA
NACIÓN Y EL RECURSO
EXTRAORDINARIO
DE REVISIÓN
DE LA LEY 2094 DE 2021**

SONIA PATRICIA TÉLLEZ BELTRÁN
Procuradora Delegada Disciplinaria
de Instrucción 1: Primera para la
Vigilancia Administrativa

03

Copia privada para el Ejército Nacional

LAS FACULTADES JURISDICCIONALES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN DE LA LEY 2094 DE 2021

SONIA PATRICIA TÉLLEZ BELTRÁN
Procuradora Delegada Disciplinaria de Instrucción 1:
Primera para la Vigilancia Administrativa

Después de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) del 8 de julio de 2020, en el caso Gustavo Petro contra el Estado colombiano, y las órdenes de reparación y no repetición, se abrió un amplio debate en el país no solo sobre la forma de cumplir la decisión sino sobre el futuro de la potestad disciplinaria, en tanto el fallo es enfático al indicar, que los servidores de elección popular solo pueden ser destituidos e inhabilitados «(...) por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal»¹.

Esta decisión generó —una vez se conoció— lo que la procuradora general de la nación, Margarita Cabello Blanco, ha denominado «la suspensión convencional» de los procesos disciplinarios que, en ese momento, se tramitaban en el órgano de control, ante la incertidumbre sobre la forma en que se debía proceder. Así, es fácil encontrar decisiones del 2020 que, en aplicación del fallo de la Corte IDH, optaron por el archivo de las indagaciones y/o investigaciones en curso por falta de competencia, y otras en donde simplemente no hubo actua-

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (2020). Sentencia del 8 de julio. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie c n.º 406, considerando 96.

ción, pues se prefirió no seguir impulsando el proceso, a la espera de una decisión institucional.

El debate, entonces, se dio en torno a la interpretación del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto a la posibilidad de que órganos no insertos en la rama judicial, pudieran destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular, por cuanto la limitación de los derechos políticos, en especial elegir y ser elegido, solo puede provenir de un juez en proceso penal.

Si bien puede entenderse la razón que subyace al fallo, por lo que significa el ejercicio del derecho político en una democracia, se echa de menos una motivación que explique por qué en el caso de los servidores públicos de elección popular la limitación solo puede provenir de un juez en proceso penal y no de un juez de otra jurisdicción, como lo es, en el caso colombiano, la de lo contencioso administrativo o una disciplinaria, solo por señalar algunos casos del diseño que existe en nuestro ordenamiento constitucional, o de entes que, si bien no hacen parte de la rama judicial, sí garantizan los derechos que pretende reivindicar la decisión de la Corte IDH, es decir, los enunciados en los artículos 8.2 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y frente a los cuales se puedan predicar los atributos de autonomía, independencia e imparcialidad, propios de los administradores de justicia.

Así mismo, la decisión genera un interrogante frente al resto de servidores públicos, es decir, los que no derivan su mandato del voto popular, en el sentido de si autoridades distintas al juez penal pueden generar su destitución e inhabilitación, como reiteradamente lo ha reconocido la misma Corte IDH en fallos anteriores y posteriores a la decisión que se analiza.

El interrogante surge porque de la lectura del artículo 23.2 de la Convención, no hay una distinción entre servidores públi-

cos de elección popular y los que no lo son, en la medida que el artículo 23.2 se refiere al derecho político que, en el marco de nuestra Constitución Política, se entiende como el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control de poder político que, entre otros, se traduce en el acceso al desempeño de funciones o cargos públicos (art. 40, num. 7).

Así pues, a la función y cargos públicos se tiene acceso de distintas maneras, no solo a través del voto popular, entonces, si el artículo 23.2 de la Convención no distingue entre unos y otros servidores, significa que la potestad disciplinaria y el sistema de sanciones que se consagra en nuestro ordenamiento jurídico —destitución, suspensión e inhabilidad— ha quedado en discusión, pues se podría afirmar que ningún servidor público puede ver restringido sus derechos de participación política, salvo si la decisión proviene de un juez dentro del marco de un proceso penal, es decir, la facultad disciplinaria como está concebida en nuestra Constitución Política, en los términos del fallo de la Corte IDH, puede resultar contraria a la norma convencional.

No se discute que el mandato popular genera una garantía reforzada para el servidor público que accede a la función como consecuencia de aquel; sin embargo, no hay ninguna razón en la sentencia de la Corte IDH que explique por qué cuando se trata de servidores públicos de elección popular solo un juez en un proceso penal puede generar la limitación de este derecho.

¿Y por qué decimos esto? Porque si se mira en contexto la jurisprudencia reiterada de la Corte IDH, encontramos que, posteriormente a la sentencia del 8 de julio de 2020, hay decisiones sobre servidores, jueces, fiscales y otros funcionarios públicos, frente a los cuales la Corte IDH ha aceptado la facultad que tienen tribunales no jurisdiccionales para restringir el derecho político de acceso a la función pública.

En ese orden, más allá de la crítica que se puede hacer, y una vez expedida la sentencia del 8 de julio de 2020, la Corte IDH no ha explicado la razón por la que frente a servidores públicos de elección popular solo un juez de proceso penal puede destituir e inhabilitar, y no así frente al resto de servidores públicos que no llegan al ejercicio de la función pública a través de mandato popular.²

En este sentido, el análisis en clave del derecho a la participación política no puede hacerse exclusivamente desde el ámbito o esfera del elegido, sino de los electores y de la comunidad en general, aspecto que, en mi criterio, no fue tenido en cuenta en la decisión del 8 de julio de 2020, en tanto se olvidó que, una vez los mandatarios toman posesión de su cargo, deben buscar la satisfacción general y, por lo tanto, están obligados a cumplir los principios de la función pública y los fines del Estado, lo que impone el cumplimiento de una serie de deberes, observar unas prohibiciones que, por razón del mandato conferido, deben ser tenidos en cuenta precisamente para lograr la buena marcha de la administración y que no encuentran en el derecho penal su efectiva protección, porque como ultima ratio del ius puniendi no puede pretenderse que todas las infracciones al deber funcional tengan su respuesta en un tipo penal.

Si bien es cierto el derecho penal tiene entre los bienes jurídicos protegidos el de la función pública, no puede pretenderse que todas las conductas de los servidores públicos o de los particulares que desempeñan funciones públicas estén contenidas en un tipo penal, por cuanto la finalidad de estos derechos son disímiles, en tanto el disciplinario busca que la conducta de los servidores públicos y/o de los particulares adecuen su conducta al cumplimiento de las funciones

2. Este aspecto ha sido expuesto por el magistrado Humberto Sierra Porto en sus votos disidentes

impuestas desde la Constitución, la ley y reglamentos y frente a los cuales el derecho penal es indiferente, dado que su objetivo no es elevar a ilícito penal el cumplimiento u observancia del llamado deber funcional, pues precisamente ese es el objeto o fin de la potestad disciplinaria.

Volviendo al tema de la protección del derecho a la participación política, la Sección Quinta del Consejo de Estado, por ejemplo, al analizar la restricción del derecho político, a partir de la sentencia de unificación de 2016³ entendió que la acción de nulidad electoral antes que dar prevalencia al principio pro homine, es decir, privilegiar los derechos del elegido, debía proteger los derechos de los electores, razón por lo que su interpretación debe buscar que sean los intereses de estos y no los del elegido, los que prevalezcan, decisión que, en el marco de la interpretación de los derechos humanos, modifica el parámetro de comparación, en tanto las dudas ya no se resuelven en favor del elegido —principio pro homine— sino de los electores, es decir, en favor del principio democrático.

Si bien en el caso de la sentencia de la Corte IDH se habla de la necesidad de proteger el derecho del elegido y el de los electores y, en consecuencia, exigir que la restricción del ejercicio de este solo provenga de la decisión de los jueces penales, se debe preguntar si el derecho penal resulta suficiente para la protección de la correcta marcha de la administración pública, en donde lo que se busca no solo es la prevención sino evitar que quienes desconocen sus deberes funcionales, y dependiendo de la gravedad de estos, puedan ejercer la función pública.

3. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 7 de junio de 2016. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Actor: Emiliano Arrieta Monterroza. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez – Gobernadora de La Guajira.

Desde esta perspectiva, entiendo que hay una diferencia en la forma como se ponderan los derechos en el contexto de la Corte IDH y como se hace a nivel interno. Hago referencia a la postura de la Sección Quinta del Consejo de Estado para señalar que, por ejemplo, en el evento de una nulidad electoral, lo que hay que garantizar o promover es el derecho del electorado y no de quien ha sido elegido, y por otro lado, como lo reseñaré más adelante, la Corte Constitucional indicó que la interpretación del artículo 23.2 de la Convención no puede ser literal.⁴

Tenemos entonces: i) el artículo 23.2 de la Convención no habla expresamente de servidores de elección popular; ii) la protección que en él se consagra cobija a todos los servidores públicos sin importar la forma en que llega al ejercicio de la función pública y, por otra parte, el desarrollo que hizo el constituyente de 1991 sobre las formas de control frente a los servidores, incluidos los de elección popular, como un desarrollo del principio de legalidad y de la sujeción de todas las formas de poder, propios del Estado de derecho.

En efecto, uno de los fundamentos que tuvo el constituyente de 1991, para expedir un nuevo texto constitucional, fue reforzar el sistema de controles frente a los servidores de elección popular, ante las constantes demandas de la sociedad en ese sentido, especialmente frente a quienes tenían o derivaban la función vía mandato popular.

En este sentido, se recuerda la gran desconfianza y baja credibilidad de la sociedad en los mandatarios locales y en los congresistas, por lo que el constituyente del 91 ideó un sistema de controles que va desde lo penal hasta el aspecto civil, lo que algunos critican por considerar que hay un exceso, en

4. Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 2021. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

tanto una misma conducta puede ser analizada desde diversos ámbitos: el penal, el disciplinario, el fiscal, la pérdida de investidura, civil, algunas de estas si bien no tienen un carácter sancionatorio ni jurisdiccional, implican consecuencias frente al derecho de acceso a cargos o a la función pública.

En respuesta a esas demandas y con fundamento en nuestra tradición, se consideró que, además de las típicas ramas del poder público, se debía reconocer a unos órganos de control, a los que se les asignó funciones específicas. En el caso de la Procuraduría General de la Nación: el control de la conducta de los funcionarios públicos, incluida la facultad de sancionar e investigar a los servidores públicos, sin distingo alguno.

La Corte IDH, en la sentencia del 8 de julio de 2020, consideró que el constituyente de 1991 podía asignar a la Procuraduría General la vigilancia de la conducta de los servidores públicos, incluidos los de elección popular, mas no su investigación y sanción, razón por la que consideró que el Estado colombiano no tenía que hacer ninguna reforma del estatuto constitucional, por cuanto solo bastaba que el órgano de control se limitara a vigilar la conducta de los servidores de elección popular y en caso de ser necesaria una investigación —suponemos— dar aviso a la autoridad competente, es decir, a la penal.

Para la Corte IDH, la Procuraduría General de la Nación es un órgano administrativo y, en consecuencia, sin la potestad para restringir derechos de carácter político, dado que esta facultad solo se admite —desde la lectura del artículo 23.2 de la Convención— por un juez en proceso penal.

Si se lee con cuidado la mencionada sentencia, se entiende que la Corte IDH asume a la Procuraduría General de la Nación como un órgano más del ejecutivo, sin reparar que, precisamente, lo que hizo el constituyente de 1991 fue sacarla de

la dependencia de aquel y dotarla de autonomía e independencia frente a todas las ramas del poder público, incluido el gobierno de turno. Pese a la defensa del Estado colombiano sobre esta circunstancia, la Corte IDH le dio al ente de control el tratamiento de una entidad típicamente administrativa como lo es una superintendencia, un ministerio, una agencia, una consejería, etc.

El artículo 69 convencional obliga al Estado colombiano a cumplir las decisiones de la Corte IDH, dado que aceptó la jurisdicción de aquella. En ese sentido, la sentencia del 8 de julio de 2020 ordenó adecuar la legislación interna para que los servidores de elección popular no puedan ser destituidos e inhabilitados por un órgano como la Procuraduría General de la Nación. En otros términos, el fallo solicita eliminar esa posibilidad del ordenamiento jurídico colombiano, expresamente de los artículos 38 y 44 de la Ley 734 de 2002, vigente para el momento en que se dictó el fallo.

La pregunta que surgió después de la decisión del 8 de julio de 2020 fue ¿cómo cumplir el fallo de la Corte IDH?

La primera respuesta por parte de un gran sector de la academia, litigantes, etc., se tradujo en que la Procuraduría General siguiera con sus funciones de vigilancia, si se quiere de prevención, y en el evento de una conducta contraria al ordenamiento jurídico remitirla a la jurisdicción penal, es decir, la interpretación literal de la Convención.

Esta postura, entonces, aboga por la eliminación plena de la potestad disciplinaria frente a los servidores de elección popular, en tanto solo son relevantes aquellas conductas que desconozcan el estatuto penal, únicas que, en los términos de la Corte IDH, pueden dar lugar a la restricción de los derechos políticos. Por tanto, no se trataría de crear jueces especializados por cuanto la jurisdicción penal con normas específicas ya existe.

Bajo esta interpretación, la sentencia de la Corte IDH implica la siguiente consecuencia: el código disciplinario no se puede aplicar a los servidores públicos de elección popular, por cuanto estos solamente pueden ser destituidos e inhabilitados si cualquiera de sus conductas pasa por una descripción en el Código Penal. No se trata de trasladar la potestad disciplinaria a la jurisdicción contenciosa o a la penal, porque la Corte IDH entiende que aquellos solo pueden ser sancionados con destitución e inhabilidad como consecuencia de la infracción del Código Penal.

Es decir, para los defensores de este criterio, la Procuraduría General de la Nación perdió la facultad sancionatoria frente a servidores públicos de elección popular, competencia exclusiva de los jueces penales, previa acusación de la Fiscalía General de la Nación, por conductas tipificadas en el Código Penal.

La segunda respuesta señala que se debe facultar a la jurisdicción penal para aplicar el código disciplinario. Esta postura implicaría abandonar el esfuerzo que se ha hecho en Colombia para estructurar la autonomía de lo penal y lo disciplinario y mezclar las funciones de unos y otros en detrimento de la potestad disciplinaria y de su finalidad: la protección de la función pública y los principios que la rigen.

Frente a estos enfoques surgió el interrogante de si existía algún instrumento en el ordenamiento jurídico, que le permitiera a la Procuraduría General de la Nación conservar su competencia sin desconocer la decisión de la Corte IDH.

En otros términos, si era posible cumplir la sentencia de la Corte IDH en el marco del artículo 68 de la Convención y conservar la competencia plena de la Procuraduría General de la Nación, como la consagró el artículo 277 constitucional, es decir, la de investigar y sancionar a los funcionarios de elección popular y no simplemente la de vigilar su conducta como lo entendió la Corte IDH.

El legislador colombiano, al expedir la Ley 2094 de 2021, intentó dar respuesta al interrogante planteado, en donde buscó armonizar el ordenamiento jurídico colombiano con el fallo interamericano sin desconocer la Constitución Política. Para el efecto, recurrió a la cláusula del artículo 116 del ordenamiento constitucional y dotó a la Procuraduría General de función jurisdiccional. La mencionada norma señala: «[e]xcepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos».

¿Para qué? Para dar respuesta al déficit de jurisdiccionalidad que echó de menos la Corte IDH en la sentencia del 8 de julio de 2020. En efecto, una lectura de esta decisión permite advertir que la protección del derecho político, en específico el de elegir y ser elegido, se garantiza si su restricción proviene de un juez en proceso penal.

En este punto, se entiende que el legislador se apartó de la interpretación literal que se hizo en la decisión del artículo 23.2. de la Convención, para reconocer que la garantía que echó de menos la instancia internacional se puede lograr si la decisión la adopta un juez diferente al penal, como es el caso de la pérdida de la investidura que, por disposición constitucional, debe resolver la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o por una autoridad no inserta en la rama judicial, pero con las garantías plenas que ofrece la jurisdicción: autonomía, independencia e imparcialidad.

En suma, función jurisdiccional que no se circunscribe a la potestad disciplinaria que se ejerce contra servidores de elección popular, fundamento de la sentencia del 8 de julio de 2020, sino frente a todos los servidores públicos o particulares que desplieguen funciones públicas y cuyo proceso conozca la Procuraduría General de la Nación, por cuanto, como se

advirtió en otro apartado de esta intervención, el artículo 23 convencional no hace distinción entre unos y otros funcionarios.

En otros términos, se dota de jurisdiccionalidad a la función disciplinaria que ejerce el órgano de control, atribución que no se le reconoce ni a las oficinas de control interno ni a las personerías.

Esa atribución específica a la Procuraduría General de la Nación tiene un primer efecto, la potestad disciplinaria de las oficinas de control interno y de las personerías seguirá siendo administrativa y sus actos, por ende, de la misma naturaleza: administrativa, autoridades estas que, por expresa disposición de la Ley 2094, no pueden investigar ni mucho menos sancionar servidores de elección popular (art. 74).

El legislador reconoce lo que ya había advertido la Corte Constitucional: la función disciplinaria, especialmente la que ejerce la Procuraduría General de la Nación, es administración de justicia en sentido material.

En ese orden, el legislador buscó que la entidad especializada en el ejercicio de la potestad disciplinaria pudiera, a partir de los principios que caracterizan la jurisdicción, seguir ejerciendo aquella —en razón de la decisión de la Corte IDH— y de esa forma garantizar a los sujetos disciplinables sus derechos —artículo 8.2 y 25 convencional— en procura de evitar que, en los términos de la decisión del 8 de julio de 2020, se limiten derechos políticos por criterios políticos y desconociendo el derecho de la oposición.

La asignación de función jurisdiccional a la Procuraduría General de la Nación es el tema que más discusión ha generado la Ley 2094 de 2021. Veamos alguna de las razones.

Primero, porque es claro que con ella no se cumple en forma integral lo que ordenó la Corte IDH.⁵ Eso es evidente, pues si lo que se pretende es asegurar la interpretación literal del 23.2. de la Convención, ello solo sería posible con la eliminación de la potestad disciplinaria y la aplicación exclusiva del derecho penal para los servidores de elección popular. Sin embargo, como ya se advirtió, la aplicación literal implicaría el desconocimiento del sistema de control que diseñó el constituyente de 1991, por lo que el Estado colombiano debe abogar por una interpretación diversa del mandato del 23.2, como de hecho ya lo hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-141 de 2021, al indicar que el artículo 23.2 no puede tener una interpretación literal.

Segundo, porque se considera que un órgano como la Procuraduría General no puede tener esa atribución, dado que ello implica un desconocimiento del principio de separación de poderes, en tanto un órgano de control no debe tener atribución jurisdiccional. En relación con esta observación, es evidente que el principio de separación en el marco de los Estados modernos no es absoluto y es la Constitución la que determina la forma en que este debe entenderse.

En el caso colombiano, bajo el principio de colaboración armónica, se le atribuyen de forma excepcional la función legislativa, judicial o administrativa a quienes por regla general no tienen esas atribuciones, además de establecer una cláusula de asignación específica, caso del artículo 116 constitucional que, expresamente, faculta al legislador para atribuir función jurisdiccional a determinados órganos administrativos.

Tercero, porque la Procuraduría General de la Nación al no pertenecer al ejecutivo, precisamente para lograr la autonomía e in-

5. En la resolución del 30 de noviembre de 2021, la Corte IDH consideró que la reforma no cumplía los requerimientos que se hicieron en la sentencia del 8 de julio de 2020, por cuanto mantenía la facultad de destituir e inhabilitar a los servidores

dependencia con que la dotó la Constitución de 1991, no es un órgano administrativo. Interesante esta postura, sin embargo, no es tan claro que el artículo 116 de la Constitución Política, cuando señala que «[e]xcepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas», tuviera como finalidad —como lo entienden algunos— que solo entidades o órganos pertenecientes al ejecutivo pudieran ser dotadas de función jurisdiccional.

No se desconoce que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1159 de 2008, indicó que debería considerarse que la atribución de función jurisdiccional solo es para las autoridades administrativas en un sentido subjetivo u orgánico, o sea, a las entidades y órganos que forman parte de la estructura de la Administración Pública, en referencia a los notarios, sin que se considere que de esta afirmación se pueda concluir, como lo señalan algunos destructores de la ley, que al órgano de control no se le puede asignar función jurisdiccional y que aquel sea una ratio que se desconoció en el presente caso.

La verdad, no existe claridad en los antecedentes del artículo constitucional de las razones o fines de esta facultad, seguramente fue una respuesta a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de declarar inexecutable algunas normas de quiebra y concordatos que facultaban a la superintendencia a decidir aspectos puntuales que eran propios de los jueces. Algunos señalan que era para descongestionar los juzgados, otros como una forma de desjurisdiccionalizar al estilo del sistema anglosajón o para aprovechar la especialidad de ciertas entidades administrativas en el ejercicio de sus funciones y, por ende, permitir a estas la resolución de determinados asuntos como lo harían los jueces.

Independiente de su finalidad, ¿cuál sería la razón para que el ejercicio del control, que implica restricción de un derecho fundamental, no pueda ser ejercido bajo los principios de la jurisdiccionalidad?

No se entiende, entonces, que se acepte que una superintendencia, una comisaría, un alcalde puedan tener facultades jurisdiccionales para el ejercicio de algunas de sus competencias y negar esa atribución a órganos constituidos, autónomos e independientes, y que cumplen funciones que son esenciales en el marco de un Estado social de derecho, como lo es el control que, en términos generales, ejercen los jueces frente a los otros poderes como, por ejemplo, lo hace la Corte Constitucional en relación con el ejecutivo y el legislativo.

Precisamente, si lo que se indica es que ese control debe estar en la jurisdicción, entonces, ¿por qué no dotar de los principios de la jurisdiccionalidad a esos órganos para el ejercicio eficiente y especializado de la función de control?

En otros términos, el ejercicio del control, como un principio axial de un Estado de derecho constitucional, que he denominado la teoría de la reducción, es ejercido en el marco de la Constitución de 1991 por autoridades administrativas, no porque estén adscritas al ejecutivo, sino porque ellas no están insertas ni en la rama legislativa ni en la judicial, sin que la no adscripción al ejecutivo impida el uso de la cláusula del artículo 116 constitucional, aspecto que necesariamente tendrá que analizar la Corte Constitucional.

Cuarto, porque la atribución que hizo el legislador en el artículo 1.º de la Ley 2094 de 2021 no cumple con los requisitos que ha fijado la jurisprudencia de la Corte Constitucional para conferir esa facultad.⁶ En consecuencia, se debe analizar este aspecto. Veamos.

6. Corte Constitucional. Sentencias C-156 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-436 de 2013, M. P. Mauricio González Cuervo; C-1159 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, entre otras.

El primer requisito se circunscribe a que el legislador directamente haga esa atribución. Sobre el cumplimiento de esta exigencia, basta indicar que el legislador ordinario dotó de facultades jurisdiccionales a la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, facultades que no requerían de una ley estatutaria porque no implicó la modificación de la estructura general de la Administración de Justicia o la efectividad de los principios que la rigen, como tampoco desarrolla aspectos sustanciales de esta, eventos en los que la jurisprudencia constitucional ha exigido el trámite propio de una ley estatutaria.⁷

Pese a lo anterior, es importante advertir que la Ley 2094 de 2021 se aprobó en una sola legislatura y los artículos 1.º y 69 con unas mayorías cualificadas. En ese sentido, se puede decir que, formalmente, se cumplieron los requisitos de la ley estatutaria, salvo el control previo.

El segundo requisito es que la atribución sea excepcional, es decir, que el órgano al que se le otorga la función jurisdiccional no se le cambie radicalmente su naturaleza administrativa. En este punto, algunos consideran que, en el caso de la Procuraduría General, al otorgarle función jurisdiccional, se le cambió su naturaleza. A estos críticos debe decirse que el Ministerio Público tiene tres funciones asignadas por la Constitución Política: la preventiva, la de intervención y la disciplinaria.

La función jurisdiccional la otorgó el legislador exclusivamente para la función disciplinaria, es decir, la excepcionalidad se

7. Corte Constitucional. Sentencias C-055 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-114 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz; C-368 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-392 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-670 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-295 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-162, M. P. Jaime Araújo Rentería y C-713 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; C-260 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

puede analizar a partir de la misionalidad de la Procuraduría General de la Nación que se concreta en el tema de la potestad disciplinaria, en donde es fácil determinar las funciones «administrativas» y las jurisdiccionales. Un ejemplo ilustra esta afirmación, una será la naturaleza de la revocatoria directa, que como potestad administrativa se le reconoce al procurador(a) general frente a los actos sancionatorios que dicten las oficinas de control interno y las personerías, y otra de carácter jurisdiccional cuando decide una segunda instancia o un recurso de doble conformidad.

Igualmente, es importante recalcar que la función jurisdiccional no muda la naturaleza del órgano de control, sigue siendo de control.

El tercer requisito que exige la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene que ver con que la atribución de función jurisdiccional busque la descongestión de la administración de justicia. Es decir, una lectura de este requerimiento implica que la materia objeto de otorgamiento debe ser propia de la rama judicial, pero que, en aras de la descongestión y eficacia, la misma puede ser ejercida por un ente u órgano administrativo.

La función disciplinaria es una potestad que, por disposición del constituyente de 1991, la ejerce la rama judicial; la Administración Pública —ejecutivo nacional y territorial— y el órgano de control. Es decir, es una atribución conferida a diferentes órganos del Estado, sin que ello signifique que, por no tratarse de una función exclusiva de la rama judicial, no pueda ser objeto de la atribución constitucional del artículo 116. Este será un aspecto que tendrá que analizar la Corte Constitucional al momento de resolver la demanda que cursa contra el artículo 1.º (parcial) de la Ley 2094 de 2021,⁸ en tanto, si lo que exige

8. Corte Constitucional. Expediente D-14503.

o echa de menos la Corte IDH, en el caso colombiano, es la observancia del principio de jurisdiccionalidad, entonces, por qué no atribuir función jurisdiccional al órgano constituido que tiene esa misionalidad y, en consecuencia, no congestionar a la rama judicial con una potestad que por muchas décadas ha ejercido un ente especializado para ese efecto.

Es importante indicar que la potestad disciplinaria es sustancial al Estado de derecho y, por tanto, el constituyente diseñó un sistema complejo para hacerla efectiva. En el caso de la rama judicial decidió, como una forma de materializar y proteger los atributos de autonomía e independencia de la administración de justicia, crear un órgano disciplinario para quienes de forma permanente o transitoria la ejerzan, en consecuencia, otorgó al Consejo Superior de la Judicatura —Sala Disciplinaria—, hoy Consejo Nacional de Disciplina Judicial, esa potestad, órgano que hace parte de la estructura de la Administración de Justicia.

En la sentencia C-417 de 1993, la Corte Constitucional estudió si las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura —Sala Disciplinaria— tenían carácter administrativo o judicial, para señalar que, por estar inserta en la rama judicial, sus decisiones debían entenderse jurisdiccionales.

La Corte perfectamente podría haber concluido lo contrario, es decir, que el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del Consejo Superior era administrativo. En esa época, la discusión se centró en si los miembros del Consejo Superior de la Judicatura eran administradores de justicia.

En relación con este requisito, la Corte Constitucional tendrá que efectuar un análisis diverso al que ha realizado al examinar las leyes de atribución de facultades jurisdiccionales, para entender que hay competencias que, materialmente, implican el ejercicio de función jurisdiccional por parte de órganos

que, por su naturaleza, no están en la rama judicial y, por tanto, como una forma de garantizar los derechos de todos los involucrados y asegurar la vigencia de un orden justo e irradiar los principios de la jurisdiccionalidad.

Es decir, el requisito en análisis no se puede limitar a determinar si, con la atribución que hizo el legislador en la Ley 2094 de 2021, se logra la descongestión de la rama judicial, en tanto, valga repetir, no es claro que el fundamento del artículo 116 constitucional sea únicamente la descongestión judicial.

La Corte Constitucional debe evaluar si las modificaciones que introdujo el legislador en la reforma de 2021 permiten cumplir los principios de autonomía, independencia e imparcialidad, para ello su estudio debe abarcar no solo el artículo 1.º, demandado parcialmente, sino otras disposiciones de esta ley para determinar si dichos principios se cumplen, por ejemplo, con la forma de designación de la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores de Elección Popular, con el recurso extraordinario, la no ejecutividad de la decisión sancionatoria mientras no se pronuncie la decisión ante el contencioso administrativo, en el caso de los servidores de elección popular.

Considero que el control de constitucionalidad, en este caso, no se satisface con el simple hecho de pasar el artículo primero por el tamiz del artículo 116 constitucional, porque será necesario demostrar que la atribución cumple con los principios de la jurisdiccionalidad y, en especial, definir que aquella se puede otorgar a órganos o entes del ejecutivo.

Los requisitos cuarto y quinto tienen que ver con la garantía del debido proceso y la especialidad. En relación con estos dos aspectos, es claro que se cumplen. El primero con un código que tiene fundamento en principios y garantías plenas para los disciplinables y el segundo no es necesario explicarlo, la Procuraduría General por disposición constitucional es la autoridad en la materia.

Igualmente, la Corte Constitucional tendrá que volver sobre un punto que analizó en la sentencia C-146 de 2021: la diferencia entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad y, por ende, los efectos de las decisiones en ejercicio de aquella.

La Corte IDH, en la sentencia del 8 de julio de 2020, ejerció el control concentrado de convencionalidad que consiste en tomar una norma interna, en el caso en estudio las disposiciones de la Constitución de 1991, del Código Único Disciplinario y de la Ley 617 de 2000, y las confrontó con el tratado internacional, en este caso, especialmente con el artículo 23.2 de la Convención Americana, para concluir que este precepto solo admite una interpretación literal, abandonando así, la exégesis que había venido sosteniendo de tiempo atrás.

En efecto, a partir del caso Leopoldo López contra Venezuela, y reiterado en el caso Petro Urrego contra Colombia, la postura de la Corte IDH siempre fue que órganos no adscritos a la Administración de Justicia podían limitar el derecho político, siempre y cuando observaran las garantías de los artículos 8.2 y 25 convencional, es decir, el debido proceso y la posibilidad de un control frente a la decisión.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-146 de 2021, manifestó que su función no es de control de convencionalidad sino de constitucionalidad, en donde los convenios internacionales, entre ellos la Convención Americana, hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, un parámetro para armonizar el ordenamiento jurídico, por lo que los instrumentos internacionales no son de aplicación directa, dado que ello supondría la supremacía de estas normas frente al texto constitucional, hecho que el constituyente no reconoció y que la Corte Constitucional expresamente analizó en la sentencia C-400 de 1998.

En consecuencia, concluyó que se imponía la armonización de la norma que sirve de parámetro de constitucionalidad con las normas constitucionales, sin que aquellas se entiendan con una categoría supraconstitucional.

IMPLICACIONES DE LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIÓN JURISDICCIONAL A LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

A partir del 30 de junio del año 2021, la potestad disciplinaria que ejerce la Procuraduría General de la Nación lo es en ejercicio de función jurisdiccional, atribución que genera unos efectos. Veamos.

Los actos que se dicten en ejercicio de la potestad disciplinaria son jurisdiccionales. Esta primera consecuencia implica una distinción entre los actos de las oficinas de control interno disciplinario, de las personerías y de la Procuraduría General de la Nación, pues los de aquellos seguirán siendo actos de carácter administrativo.

Esta diferencia tiene otro efecto, el medio de control frente a una y otra decisión. Mientras las decisiones de la Procuraduría General en el marco de la jurisdiccionalidad serán controvertibles mediante el recurso extraordinario de revisión que estructuró el legislador en la Ley 2094, recurso que es una verdadera acción contra la decisión de la Procuraduría General de la Nación, con unas causales propias del ejercicio de la potestad disciplinaria y otras que tomó prestadas del régimen penal y de lo contencioso administrativo. Asunto este que seguramente se abordará en otras intervenciones.

El recurso-acción que diseñó el legislador en la Ley 2094 no se puede comparar con el control automático que, en su momento, se incluyó en la Ley 2080 frente a las decisiones de la Contraloría General y que fue declarado inexecutable por la

Corte Constitucional. Debe advertirse que el recurso extraordinario de revisión buscó la protección del derecho a la defensa del sancionado, con causales, período probatorio, términos, procedimiento, etc., aspectos estos que echó de menos el Consejo de Estado cuando decidió aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Más allá de estas discusiones, algunos señalan que es un contrasentido generar un control a un acto producto de la función jurisdiccional. La misma Corte Constitucional tiene la respuesta a esta crítica: mayores garantías, pues redundan en favor del ciudadano que las decisiones emitidas con fundamento en la atribución del artículo 116 constitucional, puedan ser susceptibles de recursos ante la jurisdicción.⁹

En relación con los actos sancionatorios que dictan las oficinas de control interno y las personerías, por tratarse de actos administrativos, el medio de control seguirá siendo la nulidad y restablecimiento del derecho que, a diferencia del recurso-acción contra las decisiones de la Procuraduría General de la Nación, su conocimiento se mantendrá en la Sección Segunda del Consejo de Estado y la de los tribunales, mientras que del recurso extraordinario conocerán las 27 salas de revisión que funcionan en el Consejo de Estado.

Igualmente, por tratarse de actos administrativos, los que expiden las oficinas de control interno y las personerías, estos son susceptibles de ser revocados por la Procuraduría General de la Nación. No así, los actos de carácter jurisdiccional de la Procuraduría General.

En definitiva, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales marca una diferencia entre los controles externo e interno disciplinario.

9. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Uno de los interrogantes en este punto tiene que ver con la naturaleza del proceso, si una oficina de control interno o personería no puede garantizar la etapa de juzgamiento o la segunda instancia y, por tanto, debe remitir la actuación a la Procuraduría General como lo ordena la Ley 2094, la pregunta es si la actuación seguirá siendo administrativa o jurisdiccional.

En mi criterio, si la Procuraduría General asume en la etapa de juzgamiento en segunda instancia o conoce del recurso de doble conformidad, la decisión será jurisdiccional y, en consecuencia, el medio de control no puede ser el de nulidad y restablecimiento del derecho sino el recurso extraordinario de revisión, otros consideran que la naturaleza del proceso administrativo no puede mudar y, en consecuencia, si comenzó como actuación administrativa, así debe permanecer, pese a la intervención de la Procuraduría General de la Nación.

Creo que esto va a generar las mayores discusiones, pero será el Consejo de Estado, en su momento, o la Corte Constitucional, los que definan esta cuestión.

Por consiguiente, resta esperar que la Corte Constitucional se pronuncie sobre si el órgano de control, que es autónomo e independiente de la rama ejecutiva, puede tener la atribución jurisdiccional para ejercer la potestad disciplinaria y, por lo tanto, limitar el derecho político.

Limitación del derecho que, en el caso de los servidores públicos de elección popular, como una forma de impedir que el mandato popular se vea interferido, la sanción solo se podrá ejecutar cuando se pronuncie la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previa interposición del recurso-acción. A diferencia del resto de servidores públicos frente a los cuales una vez quede ejecutoriada la sanción, esta se debe ejecutar.

Esperemos que la Corte Constitucional decida el punto y se pueda abrir nuevamente un escenario de esta naturaleza para analizar la sentencia de la Corte Constitucional.

Copia privada para el Ejército Nacional

**LAS PRINCIPALES
MODIFICACIONES
SUSTANCIALES
DE LA LEY 2094
DE 2021**

ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA
Presidente de la Sala Disciplinaria
de Juzgamiento PGN

04

Copia privada para el Ejército Nacional

LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LA LEY 2094 DE 2021

ESQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA
Presidente Sala Disciplinaria de Juzgamiento PGN¹

Muy buenos días para todas y todos. Es un gusto estar hoy aquí en Valledupar, en este Tercer Seminario Regional para la Implementación de la Ley 2094 del 2021.

Agradezco a la señora Procuradora General de la Nación, Dra. Margarita Cabello Blanco, la invitación para participar en este importante escenario académico. Al Dr. Edgardo Maya Villazón un saludo cordial, al igual que a los doctores Silvano Gómez, María Lourdes Hernández, a la Consejera de Estado Rocío Araujo, a Carlos Arturo Gómez Pavajeau, a Javier Sarmiento y al Magistrado Alfonso Cajiao Cabrera. Amigos todos.

Nos corresponde en el día de hoy reflexionar en torno a las principales modificaciones sustanciales que se contemplan en la Ley 2094 de 2021. Esta ley, como bien lo resaltaba la señora Procuradora, produce un cambio filosófico en la concepción del derecho disciplinario en nuestro país.

La moderna teoría del Derecho ha impuesto, desde hace mucho tiempo, la superación de la concepción del juez como mero instrumento que pronuncia las palabras de la ley, tal como lo concibió Montesquieu, en su obra “Del Espíritu de las leyes”, respecto de lo que sucedía con los jueces en el Estado absolutista. El surgimiento del Estado Social y Democrático

1. Profesor de la Universidad Externado de Colombia, Ex Vicedefensor del Pueblo, Tratadista, conferencista nacional e internacional.

de Derecho y con él, el concepto de justicia constitucional, han impuesto una nueva forma de ver las cosas, hoy en día el Juez es piedra angular de la democracia y clave de bóveda del ordenamiento jurídico. Se impone en este contexto, lo que certeramente ha expresado Ronald Dworkin, en las sociedades contemporáneas << el juez es el cerebro de la ley>>. Ello impone que la racionalidad sea entendida como función política esencial del juez en una sociedad democrática.

Este seminario se dirige a los jueces disciplinarios y a los operadores jurídicos en la materia, para llegar al consenso de la forma adecuada de interpretar y aplicar el nuevo Código General Disciplinario, bajo la égida de una racionalidad discursiva, que pretende, eso, llegar a acuerdos para hacer más justa la aplicación de esta normatividad. Lo que estamos haciendo hoy es el ejercicio de dilucidar esas grandes implicaciones sustanciales y procesales, y verificar los retos que les impone a todos los operadores jurídicos y especialmente a los operadores disciplinarios, la entrada en vigencia de esta ley, el 30 de marzo de 2022 y del Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021, que cambia toda la estructura de la Procuraduría en sede de competencias.

Así las cosas, nos preguntamos ¿Cuáles son esas principales modificaciones?. Ante tal cuestionamiento, lo primero que cabe advertir es que la Ley 2094 recoge lo mejor de las Leyes 734 del 2002 y 1952 de 2019, y corrige las falencias de esas dos leyes, para propiciar por el lado sustancial todo lo que se denomina la concreción de la autonomía e independencia de la dogmática disciplinaria, y por otra parte, apuntala un proceso disciplinario más civilizado acorde con un Estado Social y Democrático como es el nuestro.

El Código General Disciplinario está integrado por dos leyes: la 1952 de 2019 y la 2094 de 2021. La primera de ellas pudo entrar en vigencia por virtud de la segunda. La 1952, incorporó

al nuevo estatuto una alta carga axiológica, con la contemplación de un catálogo extenso de principios en lo sustancial y en lo procesal. Si hay que darle un determinado calificativo a esta normatividad, habría que tomar partido por denominarla una ley de principios, una ley principialista². Ese plejo de principios en su orden y jerarquía responde al marco constitucional que impone el modelo de Estado, es por ello que la primera norma viene a ser el respeto de la dignidad humana, lo que hace imperante en el ámbito disciplinario, una concepción antropocéntrica, que perfila que el protagonista central en la interpretación y aplicación de la ley, lo sea el ser humano, para el reconocimiento de sus derechos y garantías³.

Una de las pretensiones de la Ley 2094, fue corregir y mejorar lo contemplado por la 1952. En materia de la regulación de los principios esta última, incurrió en grave yerro al definir la ilicitud sustancial. La Ley 734 solo cometió el error en la redacción de la norma, al hablar de falta cuando tenía que decir «la conducta», porque la norma define y dice: antijuricidad, hay ilicitud sustancial cuando la falta es cometida infringiendo de manera sustancial el deber. Se corrige eso en la 2094, pero la Ley 1952, señala en el artículo 9º, lo siguiente:



“Ilicitud Sustancial. La conducta del sujeto disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna.

2. El CGD, entre los artículos 1º al 21 contempla esos principios, con una jerarquía impuesta por el modelo de Estado Social y Democrático, iniciando con la dignidad humana como la más importante norma rectora, y en el artículo 22 se señala la fuerza normativa de los mismos.

3. Este principio impone para el derecho disciplinario que el disciplinable no puede ser instrumentalizado o cosificado en favor de pretensiones sancionatorias; es además fundamento del principio de culpabilidad, del derecho disciplinario de acto y verifica que la sanción responda a la racionalidad y la proporcionalidad debida.

Habrá afectación sustancial del deber cuando se contraríen los principios de la función pública”.



Obsérvese que para concretar lo que es la infracción sustancial al deber, dice que esta se presenta cuando se “contraríen los principios de la función pública”, ni siquiera utiliza la palabra afectan, se refiere en términos de «contrariar». Contrariar supone una simple oposición en términos formales, no implica afectación concreta del principio. Lo más grave de esa redacción es que se le da una ubicación a los principios frente a los deberes que es imprecisa e incorrecta, porque los principios son genéricos, son normas abstractas que requieren de concreciones, los principios son en la terminología de Robert Alexy y Ronald Dworkin “mandatos de optimización” por lo tanto, requieren de la iniciativa del operador disciplinario para su efectivización. Esa redacción, pasa por alto que el principio es el fundamento filosófico del Derecho Disciplinario como mecanismo de autotutela de la administración. Pasaba por alto también que los principios de la función pública son fundamento de los deberes, tal como lo preceptúa el mismo artículo 23 de la Ley 2094⁴. No se podía concretar lo específico con una referencia a lo genérico.

Entonces, al referir la ilicitud sustancial a la contrariedad de los principios, se está produciendo un fenómeno de hiper-

4. Este artículo corresponde al 22 de la Ley 734 de 2002. La redacción actual, expresa que: “Garantía de la función pública. Con el fin de salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, el sujeto disciplinable ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y acatará el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes”. Esta norma deja en claro que los principios fundamentan a los deberes. Lo genérico son los principios y lo específico, los deberes.

inflación del concepto de falta: todo lo que se oponga formalmente a un principio de la función pública sería falta. En el plano práctico tal regulación dejaba sin efecto el artículo 51 de la Ley 734, hoy 68, relativo a la preservación del orden interno, en tanto que la norma rectora prevalece sobre la orgánica o estructural, de manera que toda infracción mínima del deber que implique contrariedad al principio sería falta disciplinaria. Si un servidor público llega cinco minutos tarde a su trabajo, comete falta. Ello por cuanto con ese actuar estaría contrariando los principios de moralidad, transparencia, eficacia y eficiencia, entre otros.

Precisamente, a quienes trabajamos en materia disciplinaria y a los que nos dedicamos también a la academia, siempre se nos explicó y seguimos utilizando para explicar, mediante este ejemplo, la diferencia entre la simple infracción de un deber y la configuración de la ilicitud sustancial. Así decíamos que si un servidor público llega diez minutos tarde y otro llega media hora tarde, no cumpliendo el horario laboral, solo habría ilicitud sustancial, sin reparar en el mayor o menor tiempo de retraso, cuando la tardanza trajera consigo la afectación del normal desenvolvimiento de la función pública. Con la redacción de la Ley 1952, no sería válido ese ejemplo por cuanto toda tardanza en el cumplimiento del horario laboral, sería contrariar un principio de la función pública. Entonces lo que hace la Ley 2094, es suprimir ese apartado que hacía referencia a la contrariedad con los principios.

El tema de la tipicidad. ¿Qué sucede con la tipicidad?. Bien es sabido que en materia disciplinaria se trabaja con un concepto de tipicidad flexibilizada, que en aras de la autonomía de este ordenamiento jurídico, se le suele denominar de “cobertura legal”, por cuanto la mayoría de los tipos disciplinarios son tipos en blanco o remisivos y tipos abiertos⁵.

5. El tipo en blanco, corresponde a aquél en el que la configuración del supuesto de hecho, la conducta típica, tiene una connotación normativa, que obliga al operador

En esta materia, se presenta una primera innovación, con la pretensión del reforzamiento de la tipicidad, para una mayor garantía cuando de imputar un tipo disciplinario se trata. El principio de legalidad, contemplado en el artículo 4° de las Leyes 1952 y 2094, expresa que “La preexistencia también se predica de las normas complementarias”. ¿Qué significa esto?

Con un ejemplo, podemos comprender esta expresión, si estamos atribuyendo el tipo disciplinario del numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734⁶, donde clasificaba las faltas gravísimas, ahí dice: actuar u omitir a pesar de la existencia de causales de inhabilidad e incompatibilidad, causales de impedimento, conflicto de intereses, etc., entonces, ¿qué significa esto? Ante ello hay que responder, acotando que esto impone, que la norma que contempla la inhabilidad, la incompatibilidad y la causal de impedimento, también tiene que ser preexistente a la conducta original que se le está atribuyendo al investigado. La norma de reenvío, la que contiene un aspecto complementario del supuesto de hecho que integra la imputación, debe estar previamente establecida al comportamiento que es objeto de investigación, si ello no es así no se podrá atribuir la conducta, por ausencia de preexistencia de la norma complementaria. Esto es muy importante tenerlo presente.

El otro aspecto de relevancia, en materia de tipicidad, alude a lo que se expresa en el apartado final del artículo 4° de es-

jurídico, a la remisión a otra disposición para rellenar de contenido esa descripción. En esta clase de tipos disciplinarios es necesaria una remisión normativa, por cuanto el supuesto de hecho, que hace parte de la descripción típica, es precisado en otra norma, no necesariamente de carácter disciplinaria. En el tipo abierto, por su parte, el legislador no describe de forma certera y exhaustiva la conducta que es objeto de la prohibición, correspondiéndole al juez disciplinario concretar la imputación. El tipo abierto permite la imputación tanto dolosa como culposa. Para una mayor ilustración, consultar “La Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Editorial Nueva Jurídica, Cuarta Edición, Bogotá 2020.

6. Hoy en día corresponde esta conducta al numeral 1° del artículo 56. Faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses.

tas leyes, allí se indica que: “La labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiaridad”.

Cuál es el efecto práctico de esta mención. Para resolver este interrogante es necesario, unas previas precisiones. En materia disciplinaria, los tipos disciplinarios son abiertos. Cuando se habla de un tipo disciplinario abierto es muy sencillo encontrar el significado de la expresión. El tipo disciplinario es abierto porque permite la imputación dolosa o la imputación a título de culpa, la descripción típica permite esa doble atribución.

¿Cuál es la excepción? Que el respectivo tipo tenga ingredientes subjetivos. Cuando el tipo disciplinario tenga ingredientes subjetivos no se puede atribuir a título de culpa. ¿Cómo es un ejemplo de ingredientes subjetivos? Cuando la ley dice: «el que tenga conocimiento de...», «el que a sabiendas de...», «el que conociendo la ilicitud de...», en ese tipo de comportamientos, no se puede hacer la imputación culposa. Solo puede atribuirse ese tipo disciplinario a título de dolo.

La sistemática del Código Único Disciplinario, permite una movilidad de la imputación, esencialmente, entre 5 artículos, los cuales contienen a su interior tipos abiertos, esas normas son los artículos 33 derechos, 34 deberes, 35 prohibiciones, y 48, faltas gravísimas. Tal sistemática corresponde en el Código General Disciplinario, a los artículos 37, derechos, 38, deberes, 39, prohibiciones, y a partir del artículo 52 se encuentran las clasificaciones autónomas de las faltas gravísimas. Existe ahora entre los artículos 52 al 65 del CGD, un listado de las conductas que constituyen faltas gravísimas atendiendo el interés afectado.

Como siempre va a haber dificultades para que el operador disciplinario adecúe de forma correcta el comportamiento

del disciplinable. Para que no se confunda en si es un derecho, un deber, una prohibición o una falta gravísima, el legislador le aclara la situación. ¿Qué le dice el legislador ahora? En el proceso la adecuación típica tiene que ajustarse a dos principios fundamentales: el principio de especialidad y el de subsidiariedad. Veamos:

Principio de especialidad. El precepto disciplinario especial, el que recoge con mayor precisión los elementos de la falta, se aplica de preferencia al tipo general. En la tarea de hacer el juicio de adecuación de la conducta, se aplica de preferencia la norma que describa con mayor riqueza, con mayor precisión el comportamiento, a aquella que lo hace de forma genérica.

Principio de subsidiariedad. El precepto disciplinario subsidiario se aplicará sólo en defecto del especial o principal. Puede ser expreso, por ejemplo cuando se dice: siempre que la conducta no constituya falta gravísima, o cuando dice siempre que no haya lugar a imponer una sanción más grave. También puede ser tácito, cuando se infiere esa subsidiaridad de la redacción de la norma.

El CGD, contempla expresamente la metodología para realizar el juicio de adecuación típica, ello deviene de lo contemplado en los artículos: 4, 65 y 67. El artículo 65, expresa lo siguiente:

“

“Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiaridad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él”.

”

En estos términos, metodológicamente, lo primero que debe hacer el juez disciplinario en la labor de adecuación de la conducta investigada, es verificar si ella encaja en alguna de las descripciones de falta gravísima contempladas entre los artículos 52 a 64. Si ello no sucede, en segundo lugar debe analizar si el comportamiento constituye el tipo objetivo de un delito sancionable a título de dolo en el código penal, cometido con las particularidades que señala el artículo 65, ejusdem. Si la conducta, no comporta ninguna de esas dos especies de faltas, entonces se determinará si lo que se produjo fue un abuso de un derecho, la infracción de un deber o la incursión en una prohibición, acudiendo a los criterios de gradualidad para determinar si se trata de una falta grave o leve.

En suma, ese proceso de adecuación pasa por las siguientes fases: primero el listado expreso de faltas gravísimas; segundo, la descripción de un delito y tercero faltas graves o leves.

Analicemos el siguiente ejemplo para que la situación quede más clara. Un servidor público irrespeta a uno de sus compañeros mediante expresiones injuriosas y calumniosas. En el ámbito de la Ley 734 este ejemplo es muy complejo, por cuanto esa conducta está contenida en el artículo 35-6, de este código, como una prohibición, pero también confluía a lo preceptuado en el numeral primero del artículo 48, que consideraba como falta gravísima la realización del tipo objetivo de un delito, cometido con abuso del cargo o la función. Si el Juez Disciplinario optaba por adecuar la conducta en el artículo 35, numeral sexto, la consecuencia era la consideración de la comisión de una falta grave, a título de dolo, lo que daría lugar a una sanción de suspensión e inhabilidad especial de uno a doce meses, en el ejercicio de la función. Si en cambio optaba por encuadrarla en el numeral 1º del artículo 48, el efecto era la imposición de una sanción de destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años. La diferencia entre las dos formas de proceder, era entonces, ostensiblemente diferente frente a las

consecuencias punitivas. En vigencia del CGD, la situación se precisa, mediante la aplicación de dos factores aclaratorios, para evitar inseguridad jurídica e injusticias. Ahora esa conducta tiene la siguiente redacción: artículo 39, prohibiciones. “A todo servidor público le está prohibido: 6. Ejecutar actos de violencia contra superior, subalterno o compañeros de trabajo, o demás servidores públicos”. Obsérvese que en la literalidad de la disposición, se suprimen las expresiones “injuriarlos o calumniarlos”. En este sentido la ejecución de un acto de violencia, contra un compañero, cuando el mismo no implica injuria o calumnia⁶, será considerado falta grave o leve. Si el acto de violencia se manifiesta en injuria o calumnia, como esta conducta no está contemplada entre los artículos 52 al 64, hay que darle aplicación, al artículo 65, aplicando el tipo penal de injuria o calumnia⁷, según sea el caso. Eso si hay que tener en cuenta también, que el numeral 19, del artículo 39, sigue manteniendo una especial discusión frente a este ejemplo.

Entonces ahí se suponía que el legislador había generado un grave problema, en la descripción de la conducta. Esta situación ha quedado superada con la nueva redacción de las normas en comento.

Importa tener en cuenta en lo sustancial, y en lo procesal con efectos sustanciales, lo regulado en el artículo octavo, el principio de favorabilidad, que va a plantear grandes discusiones en materia sustancial y procesal, porque ese principio dice: la norma favorable prevalece en su aplicación a aquella restrictiva o desfavorable. Y también el legislador dice: el principio de favorabilidad también se aplica cuando se esté ejecutando o cumpliendo la sanción. La favorabilidad es un principio que se sustenta en la transitoriedad normativa, en este ámbi-

7. Es importante señalar, que el tema es complejo, por cuanto el numeral 19, del artículo 39, señala como prohibición: “Proferir expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier servidor público o contra personas con las que tenga relación por razón del servicio”.

to muchos efectos, en lo que alude a comportamientos que dejaron de ser faltas gravísimas y pasaron a ser graves o leves, se van a ver reflejados estos efectos. Lo mismo podrá observarse frente al tema de las sanciones.

En el contexto de este catálogo de principios no puede dejar de mencionarse, a groso modo, dos principios procesales muy importantes: la cláusula de exclusión y el principio de congruencia. Se introduce en materia disciplinaria toda la discusión que plantea la cláusula de exclusión, es decir, la tarea que le incumbe al operador disciplinario de empezar a diferenciar entre prueba ilegal y prueba ilícita⁸. Se entiende como prueba ilegal aquella que en su configuración, producción o aducción se hace sin el cumplimiento de un requisito esencial para darle valor y existencia. La prueba ilícita es aquella que se produce de dos maneras: una, con violación a los derechos fundamentales, por ejemplo, un allanamiento, un acto complejo o investigación que se produce generando violación al derecho a la intimidad, y dos, prueba ilícita que es aducida al proceso a través, por ejemplo, de la tortura, desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales. Los dos tipos de pruebas generan efectos diferentes.

La prueba producida con tortura, desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales, además de ser excluida, anula o invalida toda la actuación. La prueba ilegal da lugar a su exclusión cuando el requisito que se omite tiene la condición de esencial y ahí la discusión de cuándo es esencial ese requisito para la producción de la prueba y cuándo es simplemente una formalidad, va ser un tema siempre presente en el debate entre las partes. Ejemplo, lo que sucedía muchas veces con las personas que acudían a la diligencia y suscribían las actas, si uno de ellos olvidaba firmarla, entonces se decía: esa

8. Ilustrativa para la distinción, lo es la Sentencia de 29 de junio de 2015, Corte Suprema de Justicia, radicado SP9792-42-307. M.P., Patricia Salazar Cuellar.

diligencia a la que el servidor público acudió a declarar y no firmó, la invalida; en una época se invalidaban esas declaraciones.

Hubo necesidad de que la Corte Suprema de Justicia en su sapiencia dijera: No, ello no puede ser así. Para la corrección, era suficiente que lo cite nuevamente y firmara un acta de que acudió a la diligencia o que si hay otros que firmaron están dando constancia de que esa persona sí acudió a la diligencia, a la declaración. Todas esas discusiones se planteaban en una época ya superada. Sin embargo, existen otras circunstancias menos sencillas que van a dar lugar a seguir debatiendo acerca de si la omisión de un requisito en la producción de la prueba tiene o no la condición de esencial.

Otro punto fundamental en materia de procedimiento es el tema de la congruencia, es decir, entendido el proceso disciplinario como una unidad de pensamiento regida por los grados del conocimiento que inician con la posibilidad cuando se instaura la queja, con la probabilidad cuando se dicta la apertura de investigación, con la probabilidad máxima cuando se dicta el pliego de cargos y la certeza⁹ acerca de la existencia de la falta y de la responsabilidad del disciplinado cuando se profiere el fallo disciplinario.

El principio de congruencia, entonces, parte de la base de que debe haber una identidad en la imputación fáctica y jurídica que se hace en el pliego de cargos con su correspondiente fallo sancionatorio. Pero esa no es una gran innovación, la innovación es que introduce todos los precedentes que ya tienen los altos tribunales, para decir cuándo no hay incongruencia, cuándo, matizando el fallo en relación con el pliego, no hay rompimiento del principio de consonancia o de congruencia.

9. Es la misma ley la que utiliza la expresión certeza, sin embargo, la doctrina coincide en que lo correcto es hablar de convicción más allá de duda razonable, en los términos que lo utiliza la moderna concepción del sistema de valoración racional de la prueba.

Piensen ustedes en que en el pliego de cargos se hace la imputación por una falta gravísima a título de dolo y en el fallo se dicta por esa misma falta gravísima, pero se atenúa la imputación subjetiva de dolo a culpa; no hay rompimiento del principio de congruencia, está degradando de forma favorable al investigado, el criterio de responsabilidad. Bien, esos son aspectos muy importantes, que la nueva legislación invita a tener de presente.

La dogmática del derecho disciplinario, como método, participa de la idea de que ella se construye a partir del derecho positivo, a partir de lo que dice la ley, pero con un criterio abierto, con un sistema evolutivo, con un criterio de dinámica en la interpretación del texto legal.

Entonces tenemos que esas regulaciones que se establecen en la ley, por ejemplo, la más clara, el artículo 26 de la Ley 2094 que nos define qué es la falta: toda falta implica la realización de un comportamiento, ese comportamiento puede ser realizado por acción o por omisión, en materia disciplinaria se contemplan las dos clases de omisiones. La primera de ellas, la omisión propia, en la cual el disciplinable incumple el deber jurídico que está descrito expresamente en el tipo disciplinario. Piensen ustedes en que el servidor público en esas faltas contra la función pública dice: omita diligenciar aquellos procesos disciplinarios que se adelantan por faltas gravísimas, esa es una clara omisión propia.

También regula la ley disciplinaria el tema de la comisión por omisión, conocida también como omisión impropia, quien tuviere el deber jurídico de impedir la producción de un resultado pudiéndolo hacer y no lo hace, equivale a producirlo. El agente del orden miembro de la policía, por citar un ejemplo, que observa cuando un peatón agrede gravemente a otro y no impide el resultado lesivo que afecta la integridad personal, allí no incurre en una omisión como tal, incurre en la falta

que comete el peatón que agrede al otro, en este caso de lesiones personales, entonces, al agente se le imputará una falta gravísima cometida en comisión por omisión, ¿cuál falta? La de la descripción típica que describe las lesiones personales. Eso hay que manejarlo, hay que tenerlo presente.

En el ámbito de la tipicidad, en materia disciplinaria, hay unos temas que comprometen y que figuran en todo lo que tiene que ver con la favorabilidad, porque hay unas faltas gravísimas del artículo 48 que pasaron a ser deberes, incumplimiento de deberes, también hay unas faltas gravísimas que pasaron a ser prohibiciones y ya no serán gravísimas sino graves y leves, de acuerdo a los criterios que establece el código para ello. Ejemplo de ello, es lo que sucede con la prohibición, contenida en el numeral 31 del artículo 39, en ella se acota que le está prohibido a todo servidor público: “Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con la institución a la que pertenece”. Este comportamiento era falta gravísima según lo contemplaba el numeral 45 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Ahora se degrada a falta grave o leve, según los criterios que contempla la legislación vigente.

Y hay otras situaciones que se agravan, que eran prohibiciones en la Ley 734 y ahora son faltas gravísimas, y hay algunas faltas gravísimas que desaparecen del contexto del derecho disciplinario como tal, por ejemplo, incurrir en el tema del silencio administrativo positivo. Este comportamiento era una falta gravísima, ya no está regulada ni como falta grave o leve, en términos específicos y precisos, pero podría dar lugar a infracción de deberes, todo ese manejo hay que tenerlo presente. Entre aquellos comportamientos, que pasaron de prohibiciones a ser falta gravísima, tenemos la que ahora está contemplada en el artículo 57, numeral 5º, que dice que constituye falta gravísima contra la hacienda pública: 5. “Asumir, ordenar o efectuar el pago de obligaciones en exceso del saldo disponible en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC)”.

En materia de notarios se produce un efecto particular. En la Ley 734, la sanción de destitución no venía acompañada de inhabilidad, un notario cometía una falta gravísima y se le destituía, pero al otro día podía tener otro cargo en la Administración pública. ¿Qué hace la ley? Le dice: No, toda destitución debe venir acompañada de una inhabilidad y le fija un marco de inhabilidad. Ya vemos entonces cómo funciona la tipicidad, hemos visto el alto contenido ahora de garantías que se produce en la regulación de la ilicitud para evitar el fenómeno de la hiperinflación de faltas y luego vamos al ámbito de la culpabilidad.

Lo importante en el ámbito de la culpabilidad es que el legislador, para evitar uno de los grandes problemas que tiene la Ley 734, es el tema de la cantidad de remisiones. En materia disciplinaria todo se integraba al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal, al código contencioso administrativo, todo ese tipo de situaciones, se solucionan al consagrar expresamente en el CGD, las definiciones y conceptos que integran esta categoría dogmática.

En el tema de la culpabilidad en el Derecho Disciplinario del Código General, hay algo que a cualquier penalista le suena como extraño, y es la idea que en este ámbito la culpabilidad determina la tipicidad y la misma sanción. Nosotros en el Código Penal, en el artículo 9.º, definimos la conducta punible, que es aquel comportamiento que es típico, antijurídico y culpable. Esa línea de configuración del delito, no es necesariamente la misma de la falta disciplinaria.

En efecto, en materia disciplinaria la forma de culpabilidad puede dar lugar a cambiar la tipicidad, y con ello la misma culpabilidad y, como consecuencia, la sanción. ¿Por qué decimos eso? La ley 2094, con el fin de humanizar ese alto componente retributivo y sancionatorio que existe en este campo

revivió un criterio para discernir entre la gravedad y la levedad de la falta, que existía en la Ley 734 de 2002 y que desapareció en la Ley 1952.

Recuerden ustedes, que al inicio de la Ley 734 se le denominó, en su momento, un régimen fuerte, un régimen tan drástico de sanciones de lucha contra la corrupción, que llegó al punto de llamarse en esa época «el régimen talibán», «el régimen disciplinario talibán».

La Ley 1952 hizo desaparecer un mecanismo que permite matizar el rigor del derecho disciplinario, porque una de las grandes preguntas que se hacían y que todavía se hacen, es ¿por qué una destitución debe ir acompañada de una inhabilidad de carácter general y esa inhabilidad de carácter general debe arrancar de un mínimo de diez años?, ¿por qué si en el ámbito penal los delitos, aun siendo graves, algunos se mueven en el mínimo de la sanción con tres, cuatro, cinco, siete años de prisión?, ¿por qué en disciplinario siempre la inhabilidad general en la Ley 734 de 2002, parte o inicia con diez años y no menos?

¿Qué hicimos? Recuperamos ese criterio que también tenía la Ley 734 y era decir: la realización objetiva de una falta gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave".¹⁰ Este criterio posibilita el uso de parámetros de dogmática abierta, porque propicia de acuerdo a la prueba aducida en el proceso, que la imputación subjetiva efectuada en un primer momento a título de dolo o de culpa gravísima, sea reconsiderada y se determine correctamente en verdad como se presentó, a título de culpa grave. Ello entonces, entroniza que la comisión de una falta objetivamente gravi-

10. El artículo 47, del Código General Disciplinario, contempla los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria. Entre ellos, está el numeral 9 que expresa: "La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave".

ma (las comprendidas entre los artículos 52 a 64) cuando se comete con culpa grave¹¹, modifica la tipicidad, para dejarla de considerarla gravísima, para su estimación como grave, lo que impacta directamente en la sanción.

El Código General Disciplinario, toma partido expresa y claramente por ubicar el dolo y la culpa en la culpabilidad, ello queda manifiesto cuando entre los criterios para determinar la gravedad y levedad de la falta, en el numeral primero, se expresa, entre ellos, la forma de culpabilidad. Se varía expresamente el concepto de grado de culpabilidad al de forma de culpabilidad, para que ello no admita discusión.

En cuanto a las sanciones. La Ley 2094 introduce una matización, una modulación en el ámbito de las sanciones. Ni acoge totalmente las de la Ley 734, ni las de la 1952 en su integridad, sino que toma lo mejor de cada una para configurar un régimen de sanciones un poco más coherente y justa. El artículo 48 del CGD, establece las clases y límites de las sanciones disciplinarias. Acotando que el disciplinable está sometido a las siguientes sanciones:

“**1.** Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas”. Aquí no se produjo ninguna modificación.

“**2.** Destitución e inhabilidad general de ocho (8) a diez años para las faltas gravísimas”. En este numeral, la ley solucionó el tema del grave error de la Ley 734, cuando equiparó el dolo a la culpa gravísima punitivamente, pues los dos conceptos son diferentes y no pueden tener la misma sanción. También corrigió lo establecido

11. El artículo 29 del CGD, define la culpa grave, así: “La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”.

por la 1952, al imponer un mínimo que no se compadece con la realidad del país, en esta materia.

“3. Suspensión en el ejercicio del cargo de tres (3) a dieciocho (18) meses e inhabilidad especial por el mismo término para las faltas graves dolosas”. Se diferencia, no solo en la imposición de la inhabilidad, entre las faltas graves dolosas y las graves cometidas con culpa grave, que eran iguales en la sanción, en la ley 734 de 2002. De ahí que se aumente en el mínimo y el máximo la sanción, pero en términos razonables.

“4. Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a doce (12) meses para las faltas graves culposas”. Es la misma sanción contemplada en la Ley 734 de 2002.

“5. Multa de diez (10) a ciento ochenta (180) días del salario básico devengado para la época de los hechos para las faltas leves dolosas”. Es la misma sanción de la Ley 734 de 2002.

“6. Amonestación escrita para las faltas leves culposas”. Se restablece la sanción de amonestación que había sido suprimida por la Ley 1952 de 2019, por considerarla como la que en verdad materializa ese principio de corrección que se le señala a la sanción disciplinaria.

Es muy importante acotar que en el tema de la graduación de la sanción, se contempló una situación favorable al sancionado, relativo a las multas y amonestaciones, al indicarse que: “las sanciones de multa y la amonestación se tendrán como agravantes si fueron impuestas en los tres (3) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga”. Antes se tenían en cuenta dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la respectiva falta.

Entonces, en la ley pueden observar un sistema de sanciones más coherente, más apuntando a la razonabilidad, a la propor-

cionalidad, haciendo más justicia en la imposición de la misma. Recuperamos la amonestación, la ley disciplinaria dice: los fines de la sanción disciplinaria son preventivos y correctivos, pero la 1952 dijo que aquí esa amonestación no servía para nada. No, la amonestación envía un gran mensaje de que este servidor público puede corregir su comportamiento, lo que estamos buscando es el mejoramiento de la función pública.

En la Ley 1123 de 2007, en el régimen disciplinario de los abogados, sigue existiendo la sanción de censura. Hay abogados a los que hay que censurar, por sus indebidos comportamientos. La censura al igual que la amonestación, tienen un fin correctivo para mejorar el ejercicio de la profesión y para mejorar la función pública, respectivamente. La censura se impone por cuanto el actuar del abogado litigante no fue tan grave que lo haga merecedor a la exclusión de la profesión. La amonestación se impone porque es necesario corregir a ese servidor público, evitando de esa manera que en el futuro cometa una falta de mayor gravedad.

El Código General Disciplinario toma partido por las definiciones del dolo y la culpa. Una de las grandes discusiones en la temática del dolo, es acerca de sus elementos configurativos, para algunos la voluntad no hace parte del dolo, al punto que no es necesario probarla. Con la demostración del conocimiento del deber por parte del servidor público y al no haber encauzado su conducta al cumplimiento del mismo, se infería el actuar doloso. Se decía que su formación profesional y sus estudios avanzados determinaban claramente que su comportamiento fue doloso.

Entonces muchos servidores públicos dijeron: no vuelvo a ir a una capacitación, renuncio a hacer especializaciones en derecho disciplinario, renuncio a ir al Tercer Seminario de Implementación de la Ley 2094 en Valledupar, ¿y por qué? Porque van a decir que como me estoy capacitando, cualquier falta

que cometa me la atribuyen a título de dolo porque sé, porque soy un funcionario capacitado.

Entonces para evitar todo ese tipo de discusiones se establecen los elementos del dolo, así: conocimiento de los hechos, conocimiento de que está haciendo un acto ilícito y tiene voluntad de cometer ese hecho. La ley, dice: “Dolo. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización”.

En el tema del conocimiento de la ilicitud, se acaba esa preocupación de que se había dejado sin regulación lo relativo a la conciencia potencial, pues en el artículo 31 del CGD, se dispuso que: “Para estimar cumplida la conciencia de la ilicitud basta que el disciplinable haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo ilícito de su conducta”.

El que no se haya definido el dolo eventual, no impide de ninguna manera, que esta imputación subjetiva no quepa en materia disciplinaria. Llegar a tal razonamiento, sería como decir que en este campo no es procedente el reconocimiento de la legítima defensa, por cuanto el legislador no la consagró expresamente.

En lo que concierne a la definición de la Culpa, ella se corrige, pues la Ley 1952 al regularla solo identificó el elemento fundamental de la infracción al deber objetivo de cuidado, pero no lo relacionó con la capacidad de previsibilidad, con el aspecto subjetivo. La Ley 2094 soluciona este aspecto y ahora dice lo siguiente: “Culpa. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla”.

Esa regulación hace inescindible el aspecto objetivo con el subjetivo: infracción al deber objetivo de cuidado con la capacidad de previsión. Deber de cuidado interno y deber de cuidado externo, se entrelazan para la configuración de una regulación correcta de la imputación culposa. Además de ello, se consagra expresamente la impunidad de la culpa leve, tal como siempre lo recomendó la doctrina y la jurisprudencia.

Se producen, también unos cambios importantísimos, en el ámbito de las causales de ausencia de responsabilidad, se regula en forma expresa el error de hecho vencible y el error de derecho vencible, con unas consecuencias determinadas en la ley.

En efecto, la innovación más importante en esta materia de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, está en la regulación expresa de los errores vencibles, de hecho, derecho y acerca de los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad disciplinaria.

La ley se vincula con la autonomía del derecho disciplinario, por lo tanto no se matricula con la definición de error de tipo y de prohibición, sino por la de error de hecho y error de derecho.

El error de hecho, es una falsa representación de la situación fáctica, el autor lleva a su conciencia un conocimiento distorsionado de la realidad. El soldado cree que está afectando la humanidad de un rebelde cuando en verdad, lo está haciendo sobre un civil.

El error de derecho, puede darse sobre la existencia de la prohibición legal, acerca de la vigencia o la interpretación de la ley. El agente, distorsiona el contenido del derecho. Es un error valorativo normativo.

El error acerca de los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad, se presenta cuando el agente interpreta equivocadamente la existencia de un elemento o requisito objetivo necesario para que se estructure una determinada causal de ausencia de responsabilidad. Es lo que sucede por ejemplo, con la denominada defensa putativa, el autor cree equivocadamente que está siendo objeto de una injusta agresión, cuando en verdad ella no existe.

El error de hecho y el acerca de un presupuesto objetivo de una causal de exclusión de responsabilidad, cuando son vencibles, tienen la misma solución, cambia la imputación dolosa a culposa, siempre que la conducta atribuida admita la modalidad culposa. Si no admiten la imputación culposa, el comportamiento queda impune.

El error vencible, alude a aquel que el agente podía evitar con un mayor esfuerzo, es el superable, es aquel que otra persona en la situación del autor fácilmente lo hubiera podido superar.

El invencible es el insuperable, cualquier persona habría también podido incurrir en él. A pesar del esfuerzo, siguió en la misma equivocación.

Si el error es de derecho vencible, permanece la imputación dolosa y se atenúa la sanción graduable en la mitad.

En otra oportunidad con más tiempo dialogamos, conversamos y explicamos todas las grandes modificaciones sustanciales. Muchas gracias, Dios los bendiga.

**EL DERECHO
DISCIPLINARIO DESDE
LA PRESPECTIVA
DE LA COMISIÓN
NACIONAL DE DISCIPLINA
JUDICIAL**

DIANA MARINA VÉLEZ VÁSQUEZ
Magistrada de la Comisión Nacional
de Disciplina Judicial

05

Copia privada para el Ejército Nacional

EL DERECHO DISCIPLINARIO DESDE LA PRESPECTIVA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL

DIANA MARINA VÉLEZ VÁSQUEZ

Magistrada de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Buen día. Saludo respetuoso y cálido a la señora Procuradora General de la Nación Margarita Cabello Blanco, a la dra. Maria Lourdes, a los representantes de la academia, a los expositores, a los procuradores delegados y judiciales, también a los procuradores regionales y provinciales presentes y muy especialmente a los magistrados de nuestra jurisdicción disciplinaria de las seccionales de Quindío, Risaralda y caldas presentes y en general a todos los asistentes a este importante seminario.

Dra. MARGARITA, le agradezco inmensamente la invitación para hacer parte en estos ciclos regionales de implementación de la Ley 2094, considero señora Procuradora, como usted lo manifestó más temprano, que este, es un tema trascendental y de especial importancia por el tránsito legislativo en el que estamos, encuentros como estos, de retroalimentación, de reflexión, y también porqué no!, de crítica, fortalecerán, nuestros conocimientos, para la adecuada aplicación de esta nueva normativa disciplinaria, en la medida en que las entidades compartimos información y experiencias.

Hablaré entonces, del derecho disciplinario, desde la perspectiva de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, bajo la mirada del tema que nos concentra el día de hoy, que es la implementación de la Ley 2094 de 2021.

Lo primero que debo señalar, es que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, según el artículo 257A de la Constitución

Política y el artículo 112 de la Ley 270, es la máxima autoridad jurisdiccional disciplinaria de los abogados, empleados y funcionarios judiciales.

En concreto, y frente al trámite de los procesos que se adelantan, en contra de los abogados en ejercicio de su profesión, y que están consagrados en la Ley 1123 de 2007, la aplicación del código general disciplinario y su reforma con la Ley 2094, no tiene, por lo menos, aparentemente, una afectación sobre el normal desarrollo del proceso que hoy se adelanta, a excepción, del grado jurisdiccional de consulta al que ya me referiré más adelante.

Aunque claro, seguramente se abrirán nuevas discusiones frente a si existe la necesidad de adecuar ese procedimiento a los parámetros expuestos por la Ley 1952 y las exigencias convencionales que la sustentaron.

No obstante, será un tema para tratar en otro espacio, en esta intervención, me centraré, en los demás sujetos, que, por competencia, le corresponde disciplinar a la Comisión Nacional y Seccionales de Disciplina Judicial, y cuyo procedimiento, está contenido en las Leyes 1952 y 2094. Es decir:

Las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial conocen, en primera instancia, de las quejas formuladas contra abogados, jueces de la República, empleados judiciales (de toda la Rama Judicial, incluidos la Fiscalía General de la Nación), fiscales locales, seccionales y especializados y jueces de paz.

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial es competente para conocer, en primera instancia, las quejas formuladas contra :

- Magistrados y conjueces de Tribunales Superiores y Administrativos del país.

- Magistrados de Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial.
- Magistrados de Consejos Seccionales de la Judicatura del país.
- Fiscales delegados ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales del país.
- Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia.
- Vicefiscal General de la Nación.
- Magistrados de las Salas de la Justicia Especial para la Paz (JEP) (art. 104 Ley 1957 de 2019)
- Director Ejecutivo de la Rama Judicial.

Y en segunda instancia, los asuntos que conocen las Seccionales en primera.

Sin embargo, considero muy importante resaltar que si bien el artículo 73 de la Ley 2094, derogó expresamente el grado jurisdiccional de consulta contenido en el artículo 59 de la Ley 1123 de 2007, lo cierto es que a la fecha y hasta tanto no se surta el control de constitucionalidad de la reforma a la administración de justicia, esa consulta sigue vigente, según el parágrafo 1 del artículo 112 de la Ley 270.

Considero entonces, que la entrada en vigencia de la Ley 1952, junto con su reforma, la Ley 2094 para la jurisdicción disciplinaria, trae consigo principalmente 5 implicaciones de impacto: una primera, la división de roles para desarrollar las etapas de instrucción y de juzgamiento; como una segunda y tercera implicación, es cómo resolver la doble instancia; y la doble conformidad, una cuarta implicación, es un mayor número de providencias de ponente y; como una quinta respecto a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el ejercicio o aplicación del poder preferente disciplinario.

Vamos entonces a analizar el primer punto.

LA DIVISIÓN DE ROLES DE INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO:

Frente a la división de roles de instrucción y juzgamiento, el diseño de la jurisdicción disciplinaria, estaba construido, para que un solo magistrado Seccional, fuera el encargado de la instrucción y luego ese mismo magistrado con su compañero de sala, expidiera la correspondiente decisión, y posteriormente, una vez interpuesta la apelación o la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, le correspondía entonces, a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por competencia, conocer el asunto en segunda instancia, y a través del Magistrado Ponente, llevar el proyecto de fallo a Sala Plena para su votación.

Respecto a los procesos de única instancia, que se tramitaban ante la Comisión, un magistrado fungía como sustanciador y formulaba cargos los cuales eran votados, en Sala Plena, así como también, era votado en Sala plena, el proyecto de sentencia. Esta providencia, una vez era aprobada, cobraba ejecutoria. Decisión frente a la cual, no procedía recurso alguno.

Así entonces, se observa, que el diseño que trae la Ley con la división de roles, no sólo, implica un nuevo procedimiento, sino que exige, una reestructuración, de la planta de personal de la jurisdicción, disciplinaria, que les comento, ya se encuentra en marcha, con el apoyo del Consejo Superior de la Judicatura.

Como ejemplo de esto, tenemos que en las Seccionales, en las cuales, solo existen 2 magistrados, si o si, se necesita otro magistrado, con el fin, de que las decisiones, como la terminación del procedimiento y la expedición, de la sentencia, se profieran por etapas independientes y funcionarios independientes, o sea, un Magistrado investiga y otro Magistrado juzga y así se garantiza, que exista la imparcialidad y autonomía, que pregonan la Ley, esto, para evitar, que la figura de conjuces se convierta en una alternativa permanente. No hay que olvidar, que este mecanismo solo se debe activar, cuando existen, determinados y eventuales asuntos y no, para administrar justicia de forma continua.

Y es que pensemos, que si no se realiza, esa nueva conformación de las Salas, en las Seccionales, en donde existen, solo 2 magistrados, no será posible, dar cumplimiento a la división de roles, porque, por ejemplo, en los casos, en los que se formulen cargos, siempre se necesitaría de un conjuer que integre la subsala de juzgamiento, dado que el Magistrado que investiga, no podrá hacer parte de la sala que juzga, precisamente, por esa división de roles.

En el caso de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el panorama es el mismo, la Corporación está conformada por 7 magistrados, con los cuales, se deberá garantizar, el cumplimiento de la división de roles y de protección a los derechos convencionales, es decir, las etapas de instrucción y juzgamiento, deben desarrollarse, por funcionarios independientes, al igual, que para resolverse la doble instancia y la doble conformidad.

Atendiendo entonces, esta realidad, el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo del 28 de marzo de 2022, como medida transitoria y ante la inminente entrada en vigencia de la Ley 1952, conformó, y mientras se hacen los nombramientos respectivos, distritos judiciales por Seccionales, por ejemplo, uno de estos Distritos, es el distrito judicial disciplinario, conformado por las Seccionales de Caldas y Risaralda, de manera que sea, una Seccional la que investigue y la otra Seccional la que Juzgue, y así garantizar, por ahora, esa división de roles y desarrollo de etapas independientes.

Esta medida ha generado controversia, pero en el fondo lo que busca, es que, por lo menos, según quedó consignado en la parte motiva de este acto administrativo, sea una medida transitoria, para garantizar la separación de funciones, hasta que se “asignen las partidas presupuestales para la creación de cargos permanentes”. (Proceso que les cuento y va muy adelantado por parte del Consejo Superior de la Judicatura y esperamos contar, muy pronto, con todos los magistrados seccionales requeridos donde hay salas duales).

Contarles que en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a través de la reforma del reglamento, estamos construyendo la forma en la cual, se conformarán esas subsalas, esto, ante los diferentes estadios que consagra la Ley, es decir, se conformará una subsala de instrucción, cuando se va a proferir una terminación del procedimiento y también se deberá conformar una subsala de Juzgamiento, cuando existe un pliego de cargos, también se conformará una subsala, para expedir la sentencia o la terminación del proceso; y de igual manera, se conformará una subsala, para resolver, la segunda instancia y la doble conformidad.

Una de las propuestas bajo análisis, es que, dependiendo de esos estadios, se conformen esas subsalas por reparto, y por los magistrados disponibles, por ejemplo: le ingresa, por reparto, el expediente para instrucción al magistrado No. 1, este magistrado, adelanta el procedimiento y si considera que debe terminarse el proceso, radica proyecto de decisión. Efectuado este trámite, por Secretaría, se realiza el reparto aleatorio del asunto a uno de los 6 magistrados, restantes disponibles, a efectos, de conformar esa subsala de instrucción. Si se profiere pliego de cargos, la subsala de juzgamiento se conformará por reparto, también este reparto será aleatorio, y se hará entre los 6 magistrados restantes, quedando por tanto, otros 4 magistrados disponibles, para la eventual conformación, de las subsalas, que resolverán, si procede, la doble instancia y la doble conformidad.

Esta alternativa busca, por un lado, que todos los magistrados hagan parte de las etapas de instrucción y juzgamiento y, por otro lado, garantizar que siempre exista uno o unos magistrados, distintos y aleatorios, para la conformación de las subsalas de decisión.

En realidad, como ha venido sucediendo, la puesta en marcha de una nueva ley y más, una de esta envergadura, exige cambios estructurales cuya eficiencia y eficacia, solo serán visibles con el transcurrir de los días.

Como un segundo y tercer punto, tenemos

LA APLICACIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA Y LA DOBLE CONFORMIDAD:

Estas dos garantías, son una completa novedad para la jurisdicción disciplinaria, y en especial, para los procesos que se tramitaban en única instancia, por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, pues ya no sólo, es la separación de roles, lo que se debe garantizar, sino, también la aplicación de esa doble instancia y la doble conformidad, que serán resueltas, por subsalas, previamente conformadas, en cumplimiento a los principios de juez natural y debido proceso.

En este punto, me gustaría hacer una reflexión, y es que existen ciertas posiciones, que han afirmado, que, ante la aplicación de la doble instancia, se activa la posibilidad al quejoso, que frente a la decisión de terminación anticipada del procedimiento, ya sea en fase de instrucción o ya sea en fase de juzgamiento, pueda apelar la providencia.

Al respecto, es importante resaltar, que las garantías, de la separación de roles, de una doble instancia y de la doble conformidad, están diseñadas para el disciplinable, y, nó, para el quejoso.

No por nada el artículo 12 de la Ley 1952 afirma: que “El disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo, que sea competente”, ¿esto qué significa?, significa, que en garantía del debido proceso, esas prerrogativas que expuse, reitero, están, diseñadas para el investigado y no para el quejoso.

Esto resulta fundamental definirlo, porque si bien, antes, en los procesos de única instancia, no procedía ningún recurso en contra de las decisiones tomadas, por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, hoy, según el artículo 247 de la Ley 1952, sí procede la reposición.

Lo cierto y real, es que no procede, la apelación en contra de esas decisiones de terminación del proceso, dictadas por la Corporación, y como ya lo expuse, la garantía de doble instancia y doble conformidad, están consagradas, para el disciplinable, por eso, al ser la decisión de terminación favorable a sus intereses, sólo procede, por disposición del legislador, el recurso de reposición, por parte del quejoso.

Continuando con el análisis del impacto de la Ley 1952:

EN UN CUARTO PUNTO, TENEMOS ENTONCES, EL MAYOR NÚMERO DE PROVIDENCIAS DE PONENTE:

Esta es otra, de las grandes variaciones que trae la Ley 1952 y su reforma, y es la posibilidad, de que un magistrado ponente, expida más decisiones de forma autónoma y sin conformar subsalas de decisión. Antes, en vigencia de la Ley 734 de 2002, en un proceso de única instancia, el trámite era el siguiente: el proceso ingresaba por reparato, le correspondía a un magistrado, proferir o el auto de indagación preliminar o el auto de apertura de investigación, luego, en el evento, que se hubiese ordenado la apertura de investigación, y recaudadas, las pruebas, dictaba un auto de cierre, se corría traslado y después se formulaban cargos o se terminaba el procedimiento; formulados los cargos, se corría traslado para descargos, se practicaban las pruebas y se dictaba la sentencia.

Las decisiones de formulación de cargos, de terminación del procedimiento y la sentencia, eran providencias votadas por todos los miembros de la Sala Plena, es decir, no existía división de roles y los autos interlocutorios, los aprobaba toda la Sala.

Ahora, el procedimiento consagrado en la Ley 1952, establece la posibilidad, de que, muchas decisiones, sean expedidas, únicamente, por el magistrado ponente, esto, para hacer más efectivo el trámite y otorgarle, más celeridad al proceso.

Hago referencia a algunas decisiones importantes al interior del proceso disciplinario, consagrado en esta nueva ley:

La primera, y sin duda alguna, es el auto inhibitorio, que con anterioridad y en vigencia de la Ley 734, se votaba por la Sala en Pleno, no obstante, ahora, este auto inhibitorio, es expedido por el Magistrado ponente o sustanciador, según el artículo 244 de la Ley 1952, reformada por el artículo 63 de la Ley 2094, solo las decisiones de terminación y la sentencia, serán dictadas por la respectiva Sala.

En mi criterio un acierto, muy importante, por parte del legislador y también, por la promotora, la Procuraduría General de la Nación, ya que existen muchas quejas que, en algunos casos, no tienen el mérito suficiente para que se inicie una investigación y resultaba algo engorroso y que, en general, aumentaba el trabajo, porque se tenían que presentar permanentemente, proyectos de decisión a la Sala, con autos inhibitorios. Con seguridad, señora Procuradora, ese cambio normativo, permitirá mejorar, la eficiencia de las labores de los despachos, de la jurisdicción disciplinaria.

La segunda decisión, es el auto de indagación preliminar que si bien, fue y sigue siendo de ponente, hoy, bajo el nombre, de indagación previa, según lo expuesto por el artículo 208 de la ley 1952 y que modificado por el artículo 34 de la Ley 2094, tuvo una variación importante, no solo el nombre.

Antes, la indagación preliminar tenía como “fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad”, así como, la individualización y/o, identificación de los posibles autores o responsables.

En la práctica, esto permitía, que muchas veces, se indagara, antes de dar apertura a la investigación, para decretar y practicar pruebas, para verificar, también, la ocurrencia o no, de la conducta disciplina-

ria denunciada y nó, únicamente, para identificar o individualizar, al posible responsable, pues aún, con esa información, se adelantaba ese trámite preliminar.

Hoy esa situación ya no existe, dado que la redacción del artículo 208 de la Ley 1952, modificado por el artículo 34 de la Ley 2094, es enfática en determinar, que la indagación previa, es únicamente, para la identificación e individualización, del posible autor de la falta, a tal punto, que se estableció que:



“cuando a la actuación se allegue medio probatorio que permita identificar al presunto autor, inmediatamente se deberá emitir, la decisión de apertura de investigación.”,



Lo que sin duda limita a que la expedición, de ese auto de indagación previa, solo será, para la identificación del posible autor de la falta y no, para otro tipo de pruebas, ya que estas, deberán decretarse y practicarse, en la apertura de investigación, esto siempre y cuando, se conozca la identidad del presunto responsable de la conducta objeto de estudio.

La tercera decisión importante, dentro del proceso y que sigue siendo de ponente, es el auto de investigación disciplinaria, no obstante, a diferencia, de lo que sucedía con la Ley 734, hoy con la Ley 1952, en el artículo 215, modificado por el artículo 37 de la Ley 2094, se señaló, que esa providencia, deberá contener una “relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes en lenguaje comprensible” adición que, representa la carga al instructor, de identificar con claridad, cuál o cuáles, son las conductas objeto de estudio y reproche y que a su vez, determinará, el norte de la investigación disciplinaria.

En realidad, esa nueva consagración, agrega un elemento al principio de congruencia, ya que este principio, no solo corresponderá aplicarse, al contenido del pliego de cargos y a la sentencia, sino también, al auto de apertura de investigación, pues ahora, no se podrá investigar por un hecho, y luego formular el pliego de cargos por otro y menos, sancionar por otro distinto, debe existir una correlación clara, y bajo un “lenguaje comprensible” desde el auto de apertura de investigación, sobre los hechos que se están investigando, como garantía del derecho de defensa y contradicción del disciplinado.

La otra decisión importantísima, y de carácter fundamental y que es de ponente, es la formulación, del pliego de cargos, y como lo he venido señalando, antes, esta decisión, se tramitaba por la Sala Plena; no obstante, con el fin de cumplir con las exigencias legales y la división de roles, se decidió por el legislador, que esta determinación, la expidiera el magistrado sustanciador.

Esta decisión es de total importancia para el procedimiento, en primer lugar, termina la fase de instrucción y, en segundo lugar, da inicio a la etapa siguiente de juzgamiento.

Otros autos que resultan fundamentales, son los consagrados en el artículo 225A de la Ley 1952, adicionado por el artículo 40 de la Ley 2094, en este caso, el funcionario ponente, en fase de juzgamiento, tomará la decisión de adelantar, o por el juicio ordinario o por el procedimiento verbal, luego de notificado el pliego de cargos.

Y por último, el otro auto importante, es el consagrado, en el artículo 225D, que se refiere, a la posibilidad, que tiene el funcionario de conocimiento, de devolver el expediente, al instructor en los siguientes casos: (i) para la corrección del pliego de cargos respecto a los yerros encontrados; (ii) luego del decreto de la nulidad de ese pliego de cargos y (iii) cuando se

da la variación, en la formulación del pliego de cargos, ante prueba sobreviviente.

Estas son algunas de las decisiones que considero que tuvieron el mayor cambio con la entrada en vigencia de la Ley 1952 y la Ley 2094.

Hablemos ahora del poder preferente disciplinario.

PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO

En el párrafo 1º del artículo 239 de la Ley 1952, que fue modificada por el artículo 61 de la Ley 2094, se estableció, el poder preferente jurisdiccional disciplinario, a cargo de la Comisión de Disciplina Judicial, que le permitirá, iniciar, asumir o proseguir, cualquier proceso en etapa de investigación o juzgamiento, y que sea de competencia, de las comisiones seccionales de disciplina judicial, siempre que cumplan con los criterios establecidos para ello.

Contarles que a la par, se encuentra en revisión de control de constitucionalidad, el proyecto de reforma a la Ley 270, en el cual, se consagró en los artículos 111 y siguientes, el poder preferente a cargo de la Corporación.

No obstante, ese proyecto de reforma, hasta que no se realice el control constitucional y posterior sanción, pues entendemos, no entrará a regir.

De esa forma, a partir del 29 de marzo de 2022, tenemos el siguiente panorama:

- 1.** Imposibilidad de aplicar el poder preferente por cuanto no existe ley estatutaria que lo ordene.

2. Aplicación del poder preferente por la entrada en rigor de la Ley 1952.

El primer panorama se sustenta, en que frente a la definición de competencias, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que antes era la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, todas sus funciones y competencias, estaban determinadas directamente en la Ley estatutaria de la Justicia.

Así, se entendería, que una norma de inferior jerarquía, como lo sería la Ley ordinaria 1952, no podría modificar o incluir, nuevas competencias.

En ese orden de ideas, de aceptarse esa posición, el Poder preferente disciplinario, sólo sería aplicable, en el evento que se apruebe, se sancione y se publique, el proyecto de reforma de la Ley 270 y nó, por el desarrollo normativo de la Ley 1952.

En contraposición, el segundo panorama, pregona que ante la entrada en vigencia de la Ley 1952, es plenamente factible, aplicar el poder preferente disciplinario.

Como argumentos de apoyo a esta tesis, además, de la entrada en vigencia de la norma, se tiene, la posición, respecto a que, por medio de una ley ordinaria, se pueden regular contenidos, que podrían ser, de una ley estatutaria, así lo expuso la Corte Constitucional en las sentencias C-670 de 2001 y C-307 de 2004, y en especial, frente al control preferente, cobra relevancia, el análisis realizado por esa Corporación, en la sentencia C-619 de 2012, en la cual, declaró inexecutable, el artículo 42 de la Ley 1474 de 2011, que le asignó además, la competencia a la anterior Sala Jurisdiccional Disciplinaria, de ejercer el poder preferente.

En esta última sentencia, la Corte Constitucional, refirió, que el poder preferente jurisdiccional disciplinario, sí podía ser regulado por una ley ordinaria, siempre y cuando, aquella, estableciera, los requisitos, para ejercer, esa potestad, tal como lo hizo ahora la Ley 1952 y su reforma.

Así las cosas, consideró que teniendo en cuenta la entrada en vigor de la Ley 1952, la sentencia C-619 de 2012 y la interpretación adoptada por la Comisión, en las providencias, en las que se definió, la competencia de los Seccionales para investigar y sancionar empleados judiciales, el poder preferente, podrá ser aplicado, por la Corporación, a partir del 29 de marzo de 2022, sí, se configuran, cualquiera de las tres causales establecidas en el artículo 239 de la Ley 1952.

En todo caso, lo cierto, es que el poder preferente, será un asunto que, igualmente, debe ser analizado y definido, en el reglamento, con el fin de determinarse, cómo se estudiarán, los casos y solicitudes de oficio y de parte, para asumir este poder, ya sea a través de Sala Plena, subsalas o por el sistema de reparto.

Bueno, contarles que apenas estos son algunos temas que han impactado, la nueva realidad normativa a la jurisdicción disciplinaria, existen otros asuntos, como la confesión, los auxiliares de la justicia, el recurso extraordinario de revisión, la aplicación de la ley en el tiempo, la aplicación del principio de favorabilidad y las facultades de policía judicial, cuyo desarrollo, también merecerá un estudio profundo por la Corporación, pero por tiempo no alcanzamos a analizarlo.

No obstante, como lo resalté, estamos seguros, que la aplicación de todas estas nuevas garantías, repercutirán en

una mejor y más eficiente y eficaz administración de justicia para la jurisdicción disciplinaria.

Muchas gracias.

Copia privada para el Ejército Nacional

**DISTINCIÓN ENTRE
LAS NORMAS DE ÉTICA
DEL CONGRESISTA Y
LA RESPONSABILIDAD
DISCIPLINARIA, Y
REFLEXIONES ACERCA
DE LAS OFICINAS DE
CONTROL INTERNO**

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

06

Copia privada para el Ejército Nacional

DISTINCIÓN ENTRE LAS NORMAS DE ÉTICA DEL CONGRESISTA Y LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA, Y REFLEXIONES ACERCA DE LAS OFICINAS DE CONTROL INTERNO

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

Abordaré el tema propuesto a partir de posiciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil que tocan con la cuestión disciplinaria y ética de los congresistas, la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, y la Procuraduría General de la Nación, así como desde el punto de vista conceptual, desde el cual tocaré la prevalencia que ha de darse al control interno y la naturaleza residual de los heterocontroles.

A. Del conflicto de competencias que le fue propuesto en 2019, a propósito del caso del presidente del Senado acusado por haber maniobrado para dilatar una intervención de la oposición en la plenaria de esa corporación, ofreceré tres apartados con sus respectivas acotaciones:

1. Sobre la precisa cuestión de la competencia, la sala dijo:

En suma, teniendo en cuenta que la conducta a investigar, prima facie: a) afecta la función congresional correspondiente a votos y opiniones y b) se encuentra dentro del ámbito del artículo 185 de la Constitución Política, pues con ella se habría impedido a la oposición el ejercicio del derecho a réplica consagrado en la Ley 1909 de 2018, y por tanto, que esta pudiera manifestar

su opinión, la competencia para investigar y sancionar al senador Ernesto Macías Tovar se encuentra en cabeza de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, sin que, en este caso concreto, pueda el Procurador General de la Nación ejercer su poder preferente.

El concepto operador en este caso fue la expresión legal “votos y opiniones” entendida en sentido lato. Para la sala, la cuestión sub judice no se refería a una conducta ajena a las particularidades de la tarea congresional.

2. La sala también explicó:

La competencia otorgada a la Procuraduría General de la Nación por el artículo 3° de la Ley 1828 de 2017, debe interpretarse de conformidad con el numeral 6° del artículo 277 de la Constitución Política y el artículo 7° del Decreto Ley 262 de 2000, cuyo numeral 21 establece como función del Procurador General de la Nación la de conocer los procesos disciplinarios que se adelanten contra los congresistas. En este sentido, la competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a los legisladores debe entenderse radicada en cabeza del Procurador General de la Nación, y no en otra dependencia de la entidad.

La idea central aquí es la necesidad de proteger al Congreso de la República de competencias autoasignadas por la Procuraduría General de la Nación en cabeza de niveles subalternos al del Procurador General de la Nación.

3. Por último, me permito destacar la complejidad que rodea el tema, que no es en absoluto pacífico de cara a la ciencia política y al constitucionalismo, trayendo a colación el párrafo siguiente, de la misma decisión:

La Sala reafirma lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-712 de 2013, en el sentido de que el juzgamiento disciplinario de los congresistas por parte del Procurador General de la Nación puede presentar imperfecciones en un sistema ideal de frenos y contrapesos.

Se suele apelar al constituyente de 1991 en tesitura de argumento de autoridad. Sin embargo, el que la sala recoja lo dicho por la Corte Constitucional, acerca de “imperfecciones en un sistema ideal de frenos y contrapesos”, muestra a las claras que en materia de juzgamiento disciplinario de los congresistas las opciones tomadas por la carta política distan de poder ser consideradas ajenas a la crítica académica.

En otros conflictos de competencia la sala entendió que la ley la defería al Procurador General de la Nación, por considerar que la conducta bajo examen era lejana a la función congresional. Quien habla, a sabiendas de que la normativa deja espacio a la competencia del Procurador General de la Nación para juzgar en sede disciplinaria algunas conductas de los congresistas, considera que dicha regulación, en efecto, “puede presentar imperfecciones en un sistema ideal de frenos y contrapesos”.

B. Sobre la prevalencia que ha de darse al control interno. De tiempo atrás, y me refiero a mi paso por el cargo de vicedirector en la Contraloría General de la República, he sostenido que el control fundamental es el que se da en términos de autocontrol, y con base en ese discurso avanzaron tanto el concepto de control interno como las oficinas de control interno disciplinario y el modelo estándar de control interno –MECI, hoy remplazado por nuevos instrumentos de corte similar, siempre insuficientes y débiles. Así, he venido planteando las enormes limitaciones de los sistemas de heterocontrol en ge-

neral, y la casi vacuidad de ellos en nuestro país. En tratándose del Congreso de la República, aparecen además comprometidos cruciales bienes de la democracia política.

Un hallazgo sustentado en más de 35 investigaciones académicas, de estudios sobre la ética y la moral, sostiene que los seres humanos nos comportamos más de acuerdo con dónde estamos, que de acuerdo con lo que somos, o sea, nos comportamos de acuerdo con los ambientes éticos o morales en que nos toca desenvolvernos. Si nos examinamos a nosotros mismos podemos ver que nuestra conducta en gran medida está marcada por el ambiente, por el entorno ético o moral en que nos estamos moviendo. Y se trata de causaciones circulares. Nuestras conductas éticas entrañan posibilidades reales de generar el ambiente moral al que aspiramos: estamos limitados por las estructuras; claro, una estructura determina mi ámbito de libertad y de movimiento, pero los seres humanos también podemos cambiar las estructuras; es decir, esas estructuras se generan como producto de los relacionamientos cotidianos de los seres humanos.

Gandhi, quien vivía bajo la estructura de dominación británica sobre la India, un buen día pareció decir: señores del Imperio Británico, me declaro emancipado y no soy más su súbdito. Y era apenas un individuo, después diez, cien, y después miles y millones y la India devino Nación independiente. La actitud de un solo individuo tuvo la virtualidad de cambiar el mundo.

Los mecanismos internos para impulsar el crecimiento de valores éticos y el mejoramiento de la cultura y el clima organizacionales tienen una poderosa capacidad de ser efectivos, y a eso debería apostar la sociedad colombiana. Aceptar esta idea demanda una cierta visión sobre los seres humanos.

Sicología y filosofía moral plantean que los seres humanos en general somos animales éticos. Queremos una narrativa ad-

mirable sobre nuestras vidas, y eso hace que queramos que no se vean nuestros defectos y que los neguemos. Nos movemos en cierto sentido de acuerdo con un efecto espejo proveniente de cómo nos ve la sociedad.

De su lado, la neuroética retrotrae a la vieja oposición entre Rousseau y Hobbes sobre “si el hombre es bueno y la sociedad lo corrompe”, o si “el hombre es malo y necesita al Estado para que lo controle” etc. La neuroética sostiene la hipótesis de la empatía – altruismo, también probada, y no solamente en seres humanos sino en animales.

Retomo, pues, los puntos del ambiente ético, el animal-ético, y la hipótesis de la empatía altruismo, para reafirmar que cada miembro del funcionariado público tiene una maravillosa posibilidad de aportar, de ejercitar el altruismo: a través de nuestra acción, de nuestra conducta, podemos generar mejores ambientes morales que faciliten la emergencia de conductas éticas en cada oficina, sección, división, departamento, etc.

Lo dicho soporta la necesaria prevalencia del control interno, claramente descuidado por la normativa y la acción.

C. Para abordar la naturaleza residual del heterocontrol, echaré mano de un juicio paradigmático, el del Rey Salomón, que he puesto de presente decenas de veces a la judicatura: dos mujeres, un bebé; yo soy la madre; no, la madre soy yo. Y Salomón: traed mi espada, lo dividiré y daré a cada una la mitad. Y la verdadera madre: no, no; dejad que se lo lleve ella. Salomón: “¡ah, sois la madre!”. Ese, descontadas las características culturales de la época y forzando una actualización a tiempos presentes, fue un juicio en audiencia, oral, serio, ¡célere! De lo contrario el bebé hubiera llegado a adolescente sin la cuestión resuelta. Pero era un único Juicio; solo había dos madres y un bebé. Distinta hubiera sido la situación si Salomón

hubiera tenido cada día agolpadas a las puertas del Palacio tres mil bebés, acompañados de seis mil madres en disputa y conecedoras del mecanismo salomónico. En tal circunstancia habría necesitado medidas cautelares, magistrados auxiliares, salas de descongestión, etc., y habría sido acusado de mora judicial. Señalaba con esto a la judicatura que los jueces tenemos que ser vistos como realmente destinados a resolver lo que la sociedad no pudo resolver por sí misma. Infinidad de hechos sociales o constitutivos de relaciones negociales privadas, o de actuaciones públicas, concluyen bien cada día. Solo lo que implicó una transgresión de la ley, un quiebre, un ruido, donde no pudo haber autocomposición y no terminó bien el negocio, llega a la Justicia. Resulta clave, pues, con vistas a una política pública de justicia, preocuparse por el conflicto existente en el entorno social, económico, jurídico y cultural de los palacios judiciales, por manera de reducir la variedad residual que a ellos haya de llegar.

D. Para concluir: todo país tiene los políticos que se merece; todo país tiene el presidente que se merece; todo país tiene los jueces que se merece, son frases populares que llaman la atención y reclaman entender hasta dónde son razonables. La idea ínsita solo serviría como aproximación a un interesante debate sociopolítico, pero no puede ser considerada como una verdad exacta o específica.

Las instituciones viven realidades diversas y dinámicas que cambian con el tiempo. Colombia, por ejemplo, tiene una judicatura que está muy por encima de la media moral de nuestro país, como lo he expresado en varias ocasiones, no sin agregar que ese nivel, sin embargo, requiere una elevación sustancial. ¿A quién atribuir este hecho positivo? En realidad, es un producto sistémico en el que operan mecanismos de autocontrol de muy diverso tipo.

Por razones de arquitectura democrática y de efectividad, quien esto escribe prohíja el autocontrol y el control interno por sobre los mecanismos de heterocontrol, en lo que hace al Congreso de la República. Una nación democrática debería esperar del cuerpo representativo máximo en materia política el que tuviese capacidades de autorregulación en materia disciplinaria y ética. Riñe con el sentido común la consideración de que a sus miembros se les confíe la elevadísima responsabilidad de elaborar las leyes, pero no se confíe en su capacidad de autorregulación, o, visto desde otro ángulo, no se les exija cumplir con labores de autoprotección de estándares éticos y disciplinarios de sus miembros.

Copia privada para el Ejército Nacional

**LOS RETOS DEL CONTROL
CONTENCIOSO FRENTE
AL NUEVO CÓDIGO
GENERAL**

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Consejero de Estado

07

Copia privada para el Ejército Nacional

LOS RETOS DEL CONTROL CONTENCIOSO FRENTE AL NUEVO CÓDIGO GENERAL

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Consejo de Estado

Una advertencia necesaria: Las reflexiones que propondré esta tarde son eminentemente académicas y no comprometen las decisiones judiciales pendientes o en el futuro.

Mis reflexiones tendrá dos segmentos.

- 1)** Los antecedentes del control jurisdiccional de los actos administrativos sancionatorios que ha proferido la Procuraduría General de la Nación. Resaltaré cuatro etapas históricas.
- 2)** Análisis comparativo de las causales previstas en el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 56 de la Ley 2094, bondades y posibles dificultades hermenéuticas.

Veamos brevemente esta primera parte, que a mi modo de ver nos da un contexto interesante. Me apoyaré en la sentencia de unificación de la Sala Plena del 9 de agosto de 2016, en donde se unificó respecto del control integral y pleno del acto administrativo sancionatorio por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si hacemos un barrido histórico, distinguimos tres grandes períodos en la evolución hermenéutica respecto de las sanciones disciplinarias, que para ese entonces, tenían un carácter administrativo. Y una cuarta etapa, que se inicia con la ley 2094, en la que cambia la naturaleza jurídica de las decisiones de la Procuraduría, las que por mandato legal tienen carácter jurisdiccional.

PRIMER PERÍODO

Este período se caracteriza por las limitadas competencias atribuidas a la naciente jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es una época de lenta construcción de la jurisdicción.

En dicha época predominan: i) La llamada justicia rogada y 2) la deferencia especial con las decisiones de la Procuraduría.

Este período tiene su inicio en vigencia de la Ley 167 de 1941 y culmina con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991. De manera más precisa: finaliza con la sentencia C-197 de 1999 de la Corte Constitucional¹.

Bajo el paradigma de la «justicia rogada» el control del juez de lo contencioso administrativo estaba limitado a las causales de nulidad invocadas en la demanda y el concepto de la violación. La llamada «justicia rogada» tuvo sus orígenes, en el auto de enero de 1949, con ponencia del magistrado Pedro Gómez Parra². Para resumir: la llamada justicia rogada es una limitación al juez de lo contencioso administrativo, lo que le impedía (todavía hay rezagos de ello) que oficiosamente decidiera sobre causales de nulidad que no fueren puntualmente invocadas. Al igual, tampoco podía decidir sobre la ilegalidad de un acto administrativo, si previamente el demandante no hubiese indicado con absoluta precisión la norma violada. Por ejemplo: si por un lapsus cálimi, en la demanda se invoca el artículo 1, numeral 5, aunque debía citar el numeral 4.³ En conclusión, la aplicación extrema de la justicia rogada dio lugar a sentencias inhoratorias.

1. Sentencia C- 197 del 7 de abril de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

2. Es posible que en autos anteriores al referenciado se haya mencionado la justicia rogada. Es un asunto que todavía está en indagación.

3. Ver Anales del Consejo de Estado, Tomo LVIII, pág. 340.

Ahora bien, respecto de los actos administrativos sancionatorios, en las sentencias de los tribunales y del Consejo de Estado se consignaban razones que se pueden calificar como una auto restricción sobre el alcance del control judicial, bajo el entendido de que la Procuraduría tenían cierto grado de autonomía valorativa de los hechos y de las normas disciplinarias, en el ámbito de la función pública que le es propia. De allí que el juez de lo contencioso administrativo fue proclive a cierta deferencia o prevalencia de la interpretación normativa y valoración probatoria hecha por la administración en el caso disciplinario concreto.

Eduardo García de Enterría nos ilustra sobre una evidente deferencia respecto de las interpretaciones hechas por la administración. Para ello analiza un caso paradigmático en Estados Unidos conocido como *Chevron vs. Natural Resources Council* del año 1984, que decidió un asunto de contaminación industrial del medio ambiente, en el que se consideró que “[...] *Un Tribunal no puede sustituir con su propia interpretación de un precepto legal la interpretación hecha por el Administrador de una Agencia [...]*”. Es decir, en ese caso, prevaleció la interpretación que por vía administrativa hizo la *Environmental Protection Agency*⁴.

En términos generales, los partidarios de la «deferencia» hacia la administración, justifican su tesis en las siguientes razones: 1) El parapeto técnico administrativo, entendido como aquel nivel de experticia con el cual cuenta la administración, según ellos, notoriamente deficiente en los jueces. 2) La vieja advertencia a los jueces sobre *hands-off*, esto es, que las decisiones judiciales deben abstenerse de inmiscuirse en los asuntos del ejecutivo, o de no interferencia en su funcionamiento. 3) Las deficiencias reales por la congestión judicial que impedía y

4. Ver García de Enterría, Eduardo. *La democracia, jueces y control de la administración*. Civitas, 4.^a ed. Madrid 1998, pág. 190.

continúa impidiendo una labor eficiente de los jueces. 4) La voluntad del legislador es delegar cuestiones altamente técnicas en el ejecutivo y por tanto, respecto de ellos no puede darse un control integral por parte de los jueces⁵.

SEGUNDO PERÍODO

Este período tiene sus orígenes en la Constitución Política de Colombia de 1991 y de manera más precisa, se consolida a partir de la sentencia C-197 de 1999 de la Corte Constitucional⁶ que declaró la exequibilidad condicionada del ordinal 4.º del artículo 137 del CCA, la cual, a mi modo de ver, marcó un antes y un después de la justicia de lo contencioso administrativo. En dicho pronunciamiento se precisó que incluso en los casos en que la demanda no cumpliera con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación, si el juez advierte la trasgresión de un derecho fundamental de aplicación inmediata, éste oficiosamente deberá proveer la tutela judicial efectiva. Igualmente, cuando evidencie incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica, tiene la obligación de aplicar el artículo 4.º de la Carta Política⁷.

Respecto de los actos sancionatorios de carácter disciplinario de la Procuraduría se observan decisiones más explícitas del Consejo de Estado en las que indicó que el juez no podía extender el control judicial al debate probatorio agotado en la actuación disciplinaria, salvo en aquellos casos en que se debía salvaguardar el derecho de defensa y el debido proceso. Esto se dijo expresamente en las sentencias proferidas por la Sección Segunda, Subsección B, del 2011, y 2012⁸.

5. Ver Ob. Cit. García de Enterría, pág. 185.

6. Sentencia C-197 del 7 de abril de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

7. Constitución Política: "[...] Art. 4: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.[...]".

8. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de marzo de 2011. Número interno 2060-2010. M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Actor: Orlando Efrén Bohórquez Ibaez.

Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de febrero de 2012. Radicación: 11001-03-25-000-2009-00140-00(2038-09) Actor: Luis Erney Padilla Demandado: Procuraduría Provincial del Carmen de Bolívar. Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

Lo interesante es que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo trató de unificar en sentencia de 11 de diciembre de 2012⁹ la naturaleza y característica del control de legalidad del juez administrativo respecto de los actos administrativos de orden disciplinario. En esa oportunidad concluyó que es “pleno”, esto es, que “[...] *no tiene restricciones ni limitaciones de ninguna índole por la naturaleza del acto que se enjuicia, como en general no las tiene sobre ningún acto administrativo [...]*”. Empero, contradictoriamente se advierte en la misma sentencia, que de todas maneras, el control judicial no es una “tercera instancia” en el cual se puedan debatir nuevamente las pruebas o la valoración hecha en sede de la investigación disciplinaria.

En este período las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo básicamente se guía por los siguientes parámetros: (i) El procedimiento disciplinario tiene una especie de “juez o cuasi juez natural”, en cabeza de la Procuraduría. (ii) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionador tiene especial relevancia, deferencia o consideración si la decisión ha sido proferida por la Procuraduría. (iii) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley justifica la restricción del control judicial (L. 200, L. 734, hoy 1952 con las modificaciones de la ley 2094). (iv) Reconoce autonomía e independencia en la interpretación normativa y la valoración probatoria por parte de la Procuraduría, solo controlable judicialmente si desborda los límites que impone la Constitución y la ley. (v) Las diferencias interpretativas entre el titular de la acción disciplinaria y el juez de lo contencioso administrativo, no constituyen por sí mismas razones para invalidar la decisión administrativa sancionatoria. Debe prevalecer la presunción de legalidad. (vi) Los mínimos defectos de trámite procesal no necesariamente conducen a la nulidad del acto administrativo sancionador.

9. Consejo de Estado. Sala Plena de lo contencioso -administrativo. sentencia de 11 de diciembre de 2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación. 2005-00012. Actor Fernando Londoño Hoyos. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

TERCER PERÍODO

Este tercer período se inicia con la sentencia de Unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 9 de agosto del 2016¹⁰, en la que concluye que el control de los actos administrativos es «pleno e integral».

Se dice que es integral porque la actividad del juez de lo contencioso administrativo supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales.

En aquella sentencia se precisaron los siguientes argumentos:

1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos

10. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016. Radicado 110010325000201100316 00, número interno: 1210-11. Ponente: William Hernández Gómez. Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruiz. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.

Las causales de nulidad más importantes en el control judicial del acto sancionatorio:

De las causales de nulidad que regula el artículo 137 de la L. 1437, se destacan cuatro de ellas, porque tendrían relación directa con la valoración probatoria y el debido proceso bajo los parámetros de un juicio integral de la investigación disciplinaria, a saber: (i) violación del derecho de audiencias y de defensa, que vincula el derecho al debido proceso regulado en el artículo 29 Constitucional que consagra el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertirlas. (ii) Infracción de las normas en que debe fundarse el acto administrativo. Cuando el acto administrativo sancionatorio no se ajusta a las normas superiores a las cuales debía respeto y acatamiento¹¹, resulta lógico deducir que en el evento en que la decisión disciplinaria contraría los principios y reglas ya estudiadas que regulan la actividad de recaudo y valoración probatoria, establecidas en el artículo 29 de la Constitución y en las normas citadas de la Ley 734 de 2002, estará viciada por no sujetarse a las normas sustanciales y procesales que son imperativas para el operador disciplinario. (iii) Falsa motivación, que se configura cuando las razones de hecho o de derecho que se invocan como fundamento de la decisión no corresponden a la realidad. Motivación que constituye un principio rector en todos los estatutos disciplinarios. En consecuencia, el juicio integral permite controlar la valoración de la prueba y en general el debido proceso porque solo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado.

11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11de mayo de 2006, Rad. 14226, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Respecto de la ilicitud sustancial.

En la sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016, también se indicó que el juez administrativo está facultado para hacer el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la ilicitud sustancial, de tal suerte que si el caso lo exige, se valoren los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado.

CUARTO PERÍODO

El cuarto período se inicia con la ley 2094 de 2021, que entró a regir el 29 de marzo de 2022, salvo el artículo 1 relativo a las funciones jurisdicciones que empezó a regir el 29 de junio de 2021. Por tanto, esta última fecha es el mojón que nos indica el cambio de paradigma sustancial en lo que se refiere al control que, de aquí en adelante orientará la jurisdicción de lo contencioso administrativo respecto de las sanciones disciplinarias proferidas por la Procuraduría General de la Nación. El cambio es evidente y drástico, el cual se expone en el artículo primero de la L. 1952, (modificado por la L. 2094) al precisar que el Estado es el titular de la potestad disciplinaria, razón por la cual le atribuye a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales con el fin de vigilar e investigar la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular. Al mismo tiempo indica que las decisiones sancionatorias que pongan fin a la actuación disciplinaria y producto de las funciones jurisdiccionales que se le reconocen a la Procuraduría General de la Nación serán susceptibles de ser revisadas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en los términos establecidos en esta Ley. Además, advierte que para los servidores públicos de elección popular, la ejecución de la sanción se supeditará a lo que decida la autoridad judicial.

En consecuencia, en este cuarto período el control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se realizará a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentra regulado en el artículo 138 del CPACA.

Al quedar excluido el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, la ley previó como mecanismo de control de legalidad, pleno e integral, la vía del recurso extraordinario que se encuentra desarrollado en los artículos 238A y subsiguientes. Veamos brevemente las normas pertinentes: El artículo 238B de la L. 1952 (adicionado por la L. 2094) regula que el recurso extraordinario de revisión es procedente contra las decisiones sancionatorias ejecutoriadas dictadas por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional; contra los fallos absolutorios y los archivos, cuando se trate violaciones a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario. Igual, procede contra las decisiones producto de la doble conformidad dictadas por el Procurador General de la Nación.

De dicho recurso extraordinario de revisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá el Consejo de Estado en las Salas Especiales, que han sido conformadas, como una especie de delegación de la Sala Plena, con el fin de hacer más eficiente la tarea de juzgamiento. La ley acogió la experiencia de dichas salas que han permitido decisiones oportunas. Lo tradicional hubiese sido otorgar dicha competencia a la Sección Segunda del Consejo de Estado, pero la congestión judicial con un poco más de 14.000 procesos ha desbordado la capacidad de respuesta de dicha sección.

Por otra parte, los Tribunales Administrativos conocerán de los recursos extraordinarios de revisión contra las decisiones de segunda instancia o de doble conformidad dictadas por los Procuradores Regionales de Juzgamiento.

COMPARACIÓN DE LAS CAUSALES DE REVISIÓN EN EL CPACA Y EN LA LEY 1952 ADICIONADA POR LA LEY 2094

El artículo 56 de la ley 2094 que adicionó el artículo 238C en la ley 1952 es muy interesante porque, a mi juicio, facilita el juzgamiento del fallo sancionatorio proferido por la Procuraduría, con similares características del control integral y pleno que unificó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de agosto de 2016. Veamos la normativa que contempla las causales de revisión:

Artículo 56. Adiciónese el artículo 238 C a de la Ley 1952 de 2019, el cual quedará así:

Artículo 238 C. Causales de Revisión. Son causales de revisión:

1. Violación directa de la ley sustancial. Es muy interesante resaltar que esta primera causal de revisión es similar a la primera causal de casación que trae el artículo 336 del Código General del proceso. Esta es una gran novedad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo porque se introducen conceptos que han sido muy propios de la jurisdicción ordinaria. Por tanto, los jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, deben apersonarse de la jurisprudencia de casación proferida por la Corte Suprema de Justicia.

2. Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho o derecho en la apreciación de la prueba. Esta es otra causal muy propia del recurso extraordinario de casación, prevista en la causal segunda del artículo 336 del CGP.

Estimo que estas dos causales tradicionalmente asignadas a la justicia ordinaria, serán un reto enorme para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y de seguro serán muchas

las interpretaciones que darán lugar a interesantes debates sobre la aplicabilidad de dichas causales.

Según Hernán López Blanco, cuanto se **formulan cargos basado en violación directa de la ley**, el recurrente argumenta de manera directa, e inmediata la acusación. En estos casos, advierte el doctrinante, para nada debe referirse al material probatorio, a la demanda o a su contestación.

Cuando se trate de la violación indirecta, en primer lugar debe establecer la clase de error y teniendo como puente esos errores llegar a la demostración de la violación de la ley sustancial alegada.

Ahora bien, esas dos causales de casación alegada bien sea directa o indirecta, precisa López Blanco, igual se pueden sustentar en tres causas: por falta de aplicación, aplicación indebida o por interpretación errónea.

Considero que este primer paso dado en la ley 2094, puede significar un acercamiento entre los dos grandes caminos procesales para efectos de mantener la coherencia en las decisiones judiciales. Por un lado, la justicia ordinaria, tal vez acercándose a la dinámica de la contenciosa, que creo es más ágil, más eficiente. Y por su parte, la contenciosa que puede aprovechar la muy valiosa experiencia y jurisprudencia que se ha desarrollado entorno al recurso extraordinario de casación.

3. Incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo. Incluir esta causal me parece un gran acierto porque evidentemente en varios casos disciplinarios se ha observado esa incongruencia. Valga decirlo que ahora menos, con la altísima especialización y experticia de la Procuraduría en los últimos años. Esta incongruencia se observó con alguna frecuencia en la primera década de este siglo.

4. Por nulidad originada en el curso del proceso disciplinario. Esta causal me parece de máxima relevancia, porque no se circunscribe a la nulidad originada en la sentencia, tal y como lo indica el art. 250, numeral 5 del CPACA. Considero que la posibilidad de revisar nuevamente el trámite del proceso disciplinario es novedosamente garantista.

5. Error en la dosificación de la sanción disciplinaria, por violación de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, o indebida apreciación probatoria. Esta causal armoniza con el artículo 187 del CPACA que se refiere al contenido de la sentencia, al indicar que para restablecer el derecho particular, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. De allí que este es un claro indicador del control integral y pleno que puede y debe ejercer el juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

6. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la decisión, documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de tercero. Esta causal en varias providencias del Consejo de Estado ha generado un interesante debate, puesto que se ha dicho que los conceptos «encontrado» o «recobrado» no necesariamente significan que el documento tenga que haberse producido antes de dictar la sentencia. Incluso se ha sostenido que podría extenderse a cualquier medio probatorio. En efecto, podría darse la circunstancia, en materia contenciosa administrativa y tal vez aplicable en sanción disciplinaria, por ejemplo, que un dictamen de una junta médica posterior a la sentencia, que declare, digamos una pérdida de la conciencia, la capacidad de representación y de voluntad, que llevaría a la conclusión de una inimputabilidad. Es un tema que está en discusión y respecto del cual existen varias aclaraciones de voto.

7. Haberse dictado la decisión con fundamento en documentos falsos. Esta causal de revisión coincide con la prevista en la causal segunda del artículo 250 del CPACA, solo que allí se agrega el concepto de falsos o adulterados.

8. Cuando se demuestre, mediante decisión en firme, que la decisión fue determinada por un delito del funcionario que profirió la decisión o de un tercero. Con redacción diferente a mi modo de ver, esta causal corresponde a la indicada en el artículo 250 del CPACA, causal cuarta. «Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia».

9. Cuando por precedente de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado se modifique favorablemente el criterio en el que se fundamentó la decisión recurrida.

Esta es una causal de revisión, en mi criterio muy interesante y que en cierta medida despeja un debate que se ha presentado en las decisiones de los recursos de revisión previsto en el artículo 250 del CPACA, cuando se trate de sentencias ejecutoriadas y que, con posterioridad se ha proferido una sentencia de unificación en la que puede ser favorable al demandante o al demandado. Hasta ahora se ha indicado que no procede el recurso extraordinario de revisión, porque ello menguaría el principio de cosa juzgada y llevaría a un interminable litigio, puesto que cada cambio de jurisprudencia reabrirla los litigios.

Ahora bien, lo cierto es que al tratarse de un régimen sancionatorio sí es pertinente predicar la favorabilidad y por tanto la institución de la cosa juzgada es relativa.

TÉRMINO PARA INTERPONER EL RECURSO

El artículo 238D de la ley 1952 regula el término para interponer el recurso extraordinario de revisión. El recurso extraordinario de revisión podrá interponerse dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión disciplinaria por el disciplinado en el caso de las decisiones sancionatorias o por el quejoso, víctima o perjudicado en el caso de las decisiones absolutorias o de archivo cuando se trate de conductas contrarias a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario.

En el caso de las causales contempladas en los numerales 6 a 9, el término de los treinta (30) días se contará una vez se produzca el hecho en que se fundamenta la causal.

Considero que el término para interponer el recurso extraordinario es suficiente para garantizar la tutela judicial efectiva.

MEDIDA CAUTELAR

La ley 2094 trae una magnífica novedad, al permitir en el Artículo 57, que adiciona el artículo 238 D de la Ley 1952, la posibilidad de solicitar de medida cautelar. Dice la norma:

“

«En los demás procesos disciplinarios, las partes podrán solicitar ante la autoridad judicial correspondiente la suspensión de la ejecución de la sanción, en calidad de medida cautelar, cumpliendo los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Esta solicitud deberá ser resuelta en el auto admisorio».

”

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho hasta ahora que de conformidad con el artículo 229 del CPACA, solo es procedente la medida cautelar en los procesos declarativos. Y como es obvio, un recurso extraordinario de revisión no es un proceso, razón por la cual no procede la solicitud de la medida cautelar.

Por mi parte, he sostenido que en algunos casos en el trámite del recurso extraordinario de revisión (relacionado con procesos ordinarios) podría solicitarse la medida cautelar, si se trata de proteger derechos fundamentales, o personas en estados de indefensión. Pero desde luego, es una interpretación insular, que no ha sido acogida por la mayoría del Consejo de Estado.

PRETENSIÓN RESARCITORIA

Artículo 58. Créese el artículo 238E de la Ley 1952 de 2019, el cual quedará así:

Artículo 238 E. Requisitos del recurso extraordinario de revisión. El recurso extraordinario de revisión debe interponerse mediante escrito que deberá contener:

1. La designación de las partes, sus apoderados o representantes.
2. Nombre y domicilio del recurrente.
3. La causal invocada y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.
4. Pretensión resarcitoria debidamente fundamentada, cuando sea procedente.

Creo que esta es otra interesante novedad de la ley 2094, porque digamos que es omnicompreensiva y armoniza con el artículo 255 del CPACA (modificado por la ley 2080), que reguló de manera explícita lo correspondiente a la pretensión resarcitoria.

EL TRÁMITE

Artículo 59. Créese el artículo 238 F de la Ley 1952 de 2019, el cual quedará así:

Artículo 238F. Trámite. Una vez radicado el recurso y efectuado el reparto correspondiente, el magistrado al que le corresponda, resolverá sobre su admisión en el término máximo de diez (10) días.

Si el recurso se inadmite por no reunir los requisitos formales exigidos en el artículo anterior se concederá al recurrente un plazo de cinco (5) días para subsanar los defectos que se adviertan en el auto admisorio. En este plazo no procederá la ejecución de la sanción ni la reforma del recurso.

Procederá el rechazo del recurso en los siguientes eventos:

- 1.** Cuando no se presente en el término legal.
- 2.** Cuando se presente por quien carezca de legitimación para hacerlo.
- 3.** No se subsanen en término las falencias advertidas en la inadmisión.

Admitido el recurso, este auto se notificará personalmente a la Procuraduría General de la Nación para que lo conteste dentro del término de los cinco (5) días siguientes, y solicite las pruebas a que haya lugar. No se podrán proponer excepciones previas.

Si se decretaren pruebas de oficio o a solicitud de parte, se señalará un término máximo de veinte (20) días para práctica. Considero que al consignar la ley la inadmisión del recurso extraordinario y la posibilidad de subsanar, brinda una tutela

judicial efectiva porque se está garantizando el acceso a la administración de justicia.

SOBRE EL TÉRMINO PARA DICTAR SENTENCIA

El artículo 238 G de la Ley 1952 de 2019, indica lo siguiente: Vencido el período probatorio si lo hubiere, se dictará la respectiva sentencia. En todo caso la decisión de este recurso no podrá ser superior al término de los seis (6) meses contados desde su admisión. Para el efecto, este recurso tendrá prelación frente a los otros asuntos que le corresponden conocer a la respectiva Sala Especial o el Tribunal, salvo las acciones constitucionales. El incumplimiento de los términos aquí previstos será causal de mala conducta.

Si el competente encuentra fundada alguna de las causales de revisión, dejará sin validez la recurrida y dictará la que en derecho corresponda.

En la sentencia que invalide la decisión revisada se resolverá sobre los perjuicios, y demás consecuencias que se puedan derivar de aquella. Si en el expediente no existiere prueba para condenar en concreto, esta se hará en abstracto y se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011.

Es entendible que el propósito de la ley sea el de una oportuna decisión sobre el recurso de revisión, pero a mi juicio, el término de seis meses es muy difícil de cumplir con la congestión que tiene el Consejo de Estado y los tribunales. Es cierto que con la ley 2080, al distribuirse armónicamente las competencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a largo plazo permitirá que el Consejo de Estado se dedique a lo que debe ser, resolver los recursos extraordinarios, a sumir la competencia en virtud del artículo 271 por importancia ju-

rídica, social, económica, etc. Pero ello requiere de al menos unos 12 años o tal vez más, para evacuar los 34.000 procesos ordinarios que están en el inventario del Consejo de Estado. Considero que para cumplir dicho término debe existir una clara política de descongestión del Consejo de Estado, para lo cual se requiere la creación de una sala itinerante de descongestión.

EN CONCLUSIÓN:

Tal y como se reguló el recurso extraordinario de revisión en la ley 2094, podría decir que es afortunado, porque responde a una tutela judicial efectiva, que seguramente generará varias interesantes controversias jurisprudenciales, que a la postre serán para bien, porque dinamizan, porque nutren y renueva la dogmática de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Muchas gracias por su amable atención a estas reflexiones que solo tiene por objetivo el de resaltar académicamente muchas de las bondades que allí he encontrado y que ya veremos el camino que adopte la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos.

Señora Procuradora, de nuevo mil gracias por su amable invitación.

**PRINCIPALES
MODIFICACIONES
PROCESALES DE LA LEY
2094 DE 2021**

MARÍA LOURDES HERNÁNDEZ MINDIOLA
**Procuradora Delegada Disciplinaria
de Instrucción 8: Tercera
para la Contratación Estatal**

08

Copia privada para el Ejército Nacional

PRINCIPALES MODIFICACIONES PROCESALES DE LA LEY 2094 DE 2021

MARÍA LOURDES HERNÁNDEZ MINDIOLA
Procuradora Delegada Disciplinaria de Instrucción 8:
Tercera para la Contratación Estatal

Tal y como han explicado los expositores anteriores, la Ley 2094 de 2021 obedece a dos motivos principales que explican y justifican su existencia. El primero de ellos era cumplir el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de julio de 2020 que obligó a Colombia a adecuar su ordenamiento interno para dotar al proceso disciplinario de mayores garantías. El segundo, corregir las grandes falencias que traía consigo la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, como, por ejemplo, la implementación de la oralidad plena en los procesos disciplinarios, la conceptualización de la ilicitud sustancial y las sanciones que resultaban valorativamente incongruentes, las cuales desconocen la realidad del control disciplinario interno y externo.

Esta nueva Ley impuso modificaciones sustanciales y procesales que traen figuras completamente innovadoras para el derecho disciplinario y que resultan extrañas y retadoras para los operadores disciplinarios, pues no eran comunes en esta ciencia. Por ello, intentar explicarlas es lo que nos convoca en esta oportunidad.

Antes de iniciar la exposición, considero oportuno afirmar que las leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021 entraron en vigencia el 30 de marzo de 2022. Esto significa que son las normas aplicables en las actuaciones disciplinarias que adelanta la Procuraduría General de la Nación, e incluso, las personerías y las

oficinas de control interno disciplinario y Comisión Nacional y Seccionales de Disciplina Judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, hay una excepción que se permite en este periodo de transitoriedad. El artículo 263 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 71 de la Ley 2094 de 2021, dispone que los procesos en los que: (i) se haya notificado el pliego de cargos o (ii) se haya instalado la audiencia en proceso verbal, se mantiene el procedimiento previsto en la Ley 734 de 2002. En todos los demás eventos, se aplicará el nuevo Código General Disciplinario.

Aclarado lo anterior, me ocuparé de las principales modificaciones procesales que, a mi juicio, resultan más relevantes, mencionando que, si bien son muchas, no podré detenerme en cada una de ellas.

1. LOS AUTOS DE APERTURA DE INDAGACIÓN PREVIA E INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA Y SU CONTENIDO:

En la etapa investigativa, los autos de indagación previa y de investigación disciplinaria han sufrido algunos cambios, los cuales atienden a la nueva estructura del proceso. Aquí abordaremos algunos de ellos en sentido comparativo.

En primer lugar, en la Ley 734 de 2002, el auto de indagación previa (anteriormente indagación preliminar) procedía en dos casos:

1. Cuando no se tiene identificado o individualizado al disciplinable.
2. Cuando hay duda respecto de la procedencia de la investigación.

Esto era evidente según la redacción de la norma. Ahora, en el nuevo Código General Disciplinario, se ha discutido si el segundo evento aún permite la apertura de indagación, inclusive cuando se tiene individualizado al disciplinable.

En mi concepto, esta posibilidad sí es procedente y se extrae del párrafo del artículo 208, el cual sostiene: “Si en desarrollo de la indagación previa no se logra identificar o individualizar al posible autor **o se determine que no procede la investigación disciplinaria, se ordenará su archivo**”.

De este párrafo se colige que sí es factible proferir indagación previa cuando se tienen dudas de la procedencia de la investigación, pues establece que, en el curso de la indagación, se puede determinar que no procede la investigación. Por tanto, si se interpreta sistemáticamente la norma, se puede sostener que es posible iniciar indagación para determinar la procedencia de la investigación, aun teniendo identificado al disciplinable. Si la norma me permite archivar cuando no es procedente la investigación disciplinaria, quiere decir que me permite indagar para determinar su procedencia.

Más allá de esto, el auto de apertura de indagación previa no tiene mayores exigencias materiales para ser proferido. La posibilidad de disponer la indagación cuando se tienen dudas de la procedencia de la investigación cobra aún más sentido al estudiar el auto de investigación, el cual, en la Ley 2094 de 2021, fue fortalecido y consta de mayores exigencias. Entonces, en los eventos en que no se tengan satisfechos los presupuestos, lo que procede es disponer la apertura de indagación previa.

La procedencia de la investigación disciplinaria conforme a la Ley 734 de 2002 está prevista cuando ya se tiene identificado al sujeto disciplinable y se debe verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria

o si se actuó al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

En su lugar, el Código General Disciplinario incorpora seis requisitos que debe contener la decisión que ordena abrir investigación disciplinaria y que comportan mayores exigencias materiales. Específicamente, me referiré a dos de ellos: (i) la relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes en lenguaje comprensible y (ii) la información sobre los beneficios de la confesión o aceptación de cargos.

Frente al primer requisito mencionado, la ley disciplinaria acoge una exigencia del proceso penal de la Ley 906 de 2004, la cual ha sido ampliamente desarrollada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, consistente en la conceptualización de los hechos jurídicamente relevantes.

En el contexto del Código General Disciplinario, los hechos jurídicamente relevantes serán aquellos que comportan las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión de la presunta falta disciplinaria. De ahí la importancia que sean expresos y precisos, pues de esto depende la garantía del derecho a la defensa. La exigencia de esta relación de los hechos es lo que permite al disciplinable conocer claramente por qué se le investiga y, así, ejercer adecuadamente su derecho a defenderse.

La Corte Suprema de Justicia, en materia penal, ha sido enfática e insistente en que los hechos jurídicamente relevantes no se pueden confundir con los hechos indicadores ni con los medios de prueba, por cuanto obstaculizaría el derecho de defensa y el mismo proceso tanto de instrucción como de juzgamiento.

Para una mejor comprensión, encontraremos a continuación un cuadro a manera comparativa con las nociones y ejemplos sencillos de cada concepto.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES	HECHOS INDICADORES	MEDIOS DE PRUEBA
En materia disciplinaria son aquellos que podrían comportar falta disciplinaria. Es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar objeto de investigación.	Los hechos indicadores son aquellos que permiten inferir o deducir los hechos jurídicamente relevantes, pero que no constituyen estrictamente la conducta que sería objeto de reproche disciplinario.	Los medios de prueba son todos aquellos medios de conocimiento que permitirán acreditar los hechos jurídicamente relevantes en el proceso disciplinario.
Ejemplo: El alcalde celebró el contrato no.123 sin realizar estudios previos.	Ejemplo: en las fechas anteriores a la celebración del contrato, el alcalde se encontraba fuera del país y no delegó la función de los estudios previos en ningún funcionario.	Ejemplo: los tiquetes de viaje del alcalde fuera del país.

Es muy importante tener esta distinción bien definida para saber que los hechos que se deben relacionar en la apertura de investigación son solo los primeros, y debemos evitar confundirlos con los demás para garantizar la defensa del disciplinable.

En cuanto al segundo requisito, en el auto de investigación disciplinaria debe advertirse sobre los beneficios que tiene el disciplinable si confiesa la comisión de la falta disciplinaria o si acepta los cargos. Esto tiene estrecha relación con los hechos jurídicamente relevantes, ya que es precisamente de estos que se predica la aceptación o confesión.

Una vez que los hechos estén expresamente relacionados, el investigado puede admitir su responsabilidad en aras de obtener beneficios. La aceptación o confesión puede producirse tanto en la etapa de investigación como en la etapa de juzgamiento.

Si es en el primer evento, el funcionario de instrucción debe elaborar un acta lo suficientemente motivada en la que cons-

ten los hechos aceptados, su adecuación normativa y el grado de culpabilidad. Dicha acta hará las veces del pliego de cargos y será remitida al funcionario de juzgamiento para que falle. En este caso, los beneficios serán la reducción de hasta la mitad de las sanciones de inhabilidad, suspensión o multa.

Si la confesión o aceptación se produce en etapa de juzgamiento, la rebaja será hasta de la tercera parte.

La mención de los beneficios también deberá constar en el auto de apertura de investigación, correlativamente con los hechos jurídicamente relevantes enlistados, pues todo permitirá al disciplinable acogerse a estos beneficios de justicia premial.

2. EL PROCESO ESCRITURAL Y VERBAL

En todos los códigos disciplinarios, la fase de instrucción o investigación ha sido de tendencia escrita. Véase en lo reciente la Ley 200 de 1995 y la Ley 734 de 2002. Esto se mantiene así en la Ley 2094 de 2021. Por lo contrario, el juzgamiento fue establecido de manera escritural o verbal.

Anteriormente, en la Ley 734 de 2002, el mismo funcionario que instruía, también juzgaba. Por tanto, estaba facultado para definir el procedimiento a seguir para el juzgamiento. Así, al formular el pliego de cargos, podría aplicar el procedimiento verbal o escritural, siguiendo las reglas que para ello traía este código.

De una manera más radical, la Ley 1952 de 2019 optaba por un procedimiento 100% verbal que debía aplicarse en todos los casos, en lo que denominaríamos plena esencia de la oralidad. Esta fue una de las principales razones por las que nunca entró íntegramente en vigencia, teniendo en cuenta que implicaba unas dificultades enormes por los esfuerzos logís-

ticos, presupuestales y de personal para las autoridades en la implementación de un derecho disciplinario completamente oral.

Justamente, una de las grandes novedades de la Ley 2094 de 2021 fue la separación de las etapas de instrucción y juzgamiento en dos operadores disciplinarios diferentes: un funcionario que investiga y otro que juzga, lo que permite independencia en la toma de decisiones, y así adecuó las competencias para fijar el procedimiento a seguir en el juicio disciplinario.

En este sentido, el funcionario de instrucción adelantará la investigación de manera escrita, como siempre ha sido. Pero, contrario a lo que ocurría en la Ley 734 de 2002, este servidor no tiene la facultad legal para condicionar la naturaleza del juzgamiento, lo que sí compete esencialmente al funcionario que debe adelantar el juicio. Repito, el funcionario de instrucción agota sus competencias con la formulación y notificación del pliego de cargos y, con base en esta decisión, el funcionario de juzgamiento definirá el tipo de proceso que se aplicará para el juicio: ordinario/escritural o verbal.

Aquí hay que resaltar que el procedimiento del nuevo Código es mixto, pues permite aplicar en unos eventos el proceso ordinario/escritural y en otros el verbal; y la facultad de condicionar la naturaleza del juicio disciplinario quedó únicamente en cabeza del funcionario competente para el juzgamiento.

Pero ¿cómo determina el funcionario de juzgamiento la elección de un proceso escritural o verbal? La regla general es que se aplica el proceso ordinario y el proceso verbal es la excepción.

El proceso verbal se aplica únicamente:

- En casos de flagrancia o cuando el disciplinable es sorprendido con elementos que provengan de la ejecución de la conducta.
- Cuando se trata de faltas leves.
- Cuando se trata de algunas faltas gravísimas.

En todo caso, la Ley, consciente de las dificultades y retos del proceso verbal, dispuso en el parágrafo del artículo 225 A de la Ley 2094 de 2021 que, aun en los eventos en que deba ser aplicado el procedimiento verbal, es posible mantener el procedimiento ordinario.

Lo anterior, cuando por la complejidad del asunto, el número de cargos, el número de disciplinables o por carencia de recursos físicos o humanos, se vean afectados los principios de celeridad, eficacia y economía procesal.

Es decir, el legislador previó una situación que es evidente e innegable: en algunos eventos el procedimiento verbal resulta más tortuoso, demorado e inoperante que el procedimiento escritural. Por tanto, permite superar esta dificultad y mantener el proceso escrito, siempre que resulte más célere y eficaz para la actuación disciplinaria. En este caso, la decisión debe ser motivada y no admite recurso alguno.

Este inciso se encuentra demandado ante la Corte Constitucional por considerarse violatorio del principio de legalidad y de las formas propias del juicio, al tener un componente extremadamente subjetivo que permite al juzgador determinar el procedimiento a seguir sin factores claros.

Fijado el procedimiento por parte del funcionario de juzgamiento, se correrá traslado para presentar descargos, solicitar y aportar pruebas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 225 B y 225 H de la Ley 2094 de 2021.

3. LA VARIACIÓN DEL PLIEGO DE CARGOS.

Siguiendo con la estructura acusatoria que trae la Ley 2094 de 2021, también se modificó, en consecuencia, el procedimiento para la variación del pliego de cargos.

Cuando el funcionario de instrucción notifica el pliego de cargos y lo remite al de juzgamiento, la variación de esa decisión procede en dos eventos y aplicando las siguientes reglas: (i) por error en la calificación jurídica y (ii) por prueba sobreviniente.

En la variación de los cargos por error en la calificación, el funcionario de juzgamiento, al avocar el conocimiento de la actuación, puede advertir un error en la calificación jurídica del cargo o los cargos formulados. Esto es que, a su juicio, al analizar los hechos y las pruebas, considera que la adecuación normativa realizada por el funcionario de instrucción al momento de formular el cargo no fue acertada. En este evento, se debe devolver el expediente al funcionario de instrucción mediante un auto de sustanciación motivado frente al cual no procede recurso alguno.

Devuelto el expediente, el funcionario de instrucción puede optar por dos opciones:

- I.** Variar la calificación, notificar nuevamente el pliego al disciplinable y remitirlo nuevamente al funcionario de juzgamiento quien fijará el procedimiento a seguir y avanzará con la etapa de juicio.

II. No variar la calificación jurídica y motivarlo mediante auto de sustanciación. Esto puede generar que el funcionario de juzgamiento adopte otras dos opciones:

A. Aceptar las razones presentadas en el auto de sustanciación y avanzar con el juzgamiento.

B. Insistir en que la calificación es errónea y decretar la nulidad de los cargos.

La variación de los cargos por prueba sobreviniente se presenta cuando, al momento de iniciar la práctica probatoria, se surja una prueba que no era conocida ni podía ser conocida por el instructor, el juzgador o el disciplinable. Si esto ocurre, el mismo juzgador puede variar el pliego de cargos, sin que esto comporte juicio previo de responsabilidad. Se dice que no comporta juicio previo porque no supone que el juzgador realice un juicio definitivo de responsabilidad, lo que sería pre-juzgar, sino que se trata de calificar nuevamente la falta de conformidad con la nueva prueba.

En ambos eventos, es decir, cuando se varía por error en la calificación o por prueba sobreviniente, se notificará de la misma forma que el pliego de cargos y se correrá un nuevo traslado para presentar descargos y solicitar la práctica de nuevas pruebas.

CONCLUSIONES:

La Procuraduría General de la Nación está implementando todas las herramientas necesarias para el fortalecimiento de la entidad, las personerías y oficinas de control interno disciplinario, con el fin de contar con un proceso disciplinario satisfactorio de las garantías convencionales. Para ello, el ente de

control ha expedido y expedirá los actos administrativos que fijan los parámetros para la aplicación de la Ley 2094 de 2021.

Nos encontramos ante una ley vigente que nos obliga a todos los que tenemos incidencia disciplinaria en el país a aplicarla cabalmente, a someternos como servidores y también como instructores y juzgadores.

Son bienvenidas las opiniones diversas siempre que ayuden al respeto por la democracia y la estructura constitucional colombiana. Desde la Procuraduría, buscamos promover un diálogo permanente y participativo para lograr la adecuada implementación del Estatuto Disciplinario y contar un servicio público transparente y eficiente.

Copia privada para el Ejército Nacional

**LA DOBLE
CONFORMIDAD
EN LA REFORMA
DISCIPLINARIA**

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN
Procurador Delegado de la Sala
Disciplinaria de Instrucción

09

Copia privada para el Ejército Nacional

LA DOBLE CONFORMIDAD EN LA REFORMA DISCIPLINARIA

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN
Procurador Delegado de la Sala
Disciplinaria de Instrucción

INTRODUCCIÓN

Uno de los cambios introducidos a nuestra legislación disciplinaria fue la inclusión de la figura de la doble conformidad. Se trata de un instituto jurídico que deriva del derecho a impugnar la decisión sancionatoria.

La comprensión de la figura exige una caracterización de sus elementos esenciales, lo que obliga a revisar su fundamentación constitucional. De otra parte, en la medida en que dicho instituto jurídico surgió, vía jurisprudencial, en el proceso penal, es necesario revisar esa evolución, por cuanto dicho ejercicio permitirá luego definir su tratamiento en el ámbito disciplinario.

DOBLE CONFORMIDAD: ¿GARANTÍA O DERECHO?

El concepto de derecho implica el ejercicio de una potestad, de una facultad que se le otorga a un sujeto determinado. Por supuesto, todo derecho conlleva la obligación de otra persona que, como contrapartida, tendrá el deber de realizar

una conducta equivalente a aquella que se faculta ejecutar a quien tiene aquel. Si a la expresión “derecho” se le agrega el calificativo de “fundamental”, se estará haciendo referencia a las potestades que están dirigidas “a lograr la dignidad humana”¹, esto es, las que procuran hacer realidad aquella premisa central de un Estado Social de Derecho, según la cual, el hombre es un fin en sí mismo y, por tanto, no es posible su instrumentalización.

El concepto de derecho fundamental no es estático, ni se encuentra exento de polémicas teóricas. Lo cierto es que, independientemente de estas características, su comprensión implica reconocimiento en el ordenamiento constitucional y su entendimiento como lo requerido para que una persona pueda desarrollarse autónomamente en sociedad, sin que tenga que padecer una injerencia indebida del estado o de los demás coasociados.

La Constitución Política colombiana dedica el capítulo I, del título II a enlistar, no de manera exhaustiva, una serie de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a “impugnar la sentencia condenatoria”, entendida como parte integral de un concepto mucho más amplio como el debido proceso.

La impugnación es una forma de ejercer el derecho de defensa. Se trata de la posibilidad de expresar el descontento frente a una decisión adoptada y exigir que se vuelva a revisar su contenido, contrastándolo con los argumentos que, se consideran, dejan en evidencia los yerros de aquella y, por ende, las razones por las cuales debe ser revocada.

De otra parte, para hacer efectivo el derecho de impugnación, el ordenamiento jurídico crea los recursos, entendidos

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-227/2003

como los instrumentos que las partes o intervinientes procesales pueden usar para obtener una nueva revisión del asunto.

Ahora bien, si se trata de sentencias condenatorias, lo ideal, para que el derecho se ampare de manera cabal, es que quien esté llamado a resolverlo sea una autoridad diferente a quien adoptó la decisión que se repugna. De hecho, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se especifica el derecho de impugnación, dejando expresamente mencionado que ella se verificará “ante juez o tribunal superior”. En el mismo sentido encontramos el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley .

”

La exigibilidad que la revisión del fallo condenatorio la adopte una autoridad distinta da lugar a la doble instancia como característica general de los procesos sancionatorios y que, de acuerdo con la Corte Constitucional, tiene la finalidad de “permitir que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de la misma naturaleza y más alta jerarquía, ampliar la deliberación del tema y evitar errores judiciales”.

La teleología citada de la doble instancia deja en evidencia que no es una figura que esté exclusivamente vinculada al ejercicio del derecho a impugnar el fallo condenatorio. Por tal razón, el artículo 31 de la Constitución Política la consagra como una característica general de los proce-

dimientos, sin limitarlos a aquellos de naturaleza sancionatoria².

La precisión efectuada permite entonces indicar que la doble instancia, como regla general de los procesos, es una garantía que se tiene en el ordenamiento jurídico en procura de asegurar el acierto en la adopción de las decisiones que resuelven los litigios que son sometidos a la administración de justicia y, por esa vía, minimizar el riesgo de error judicial. Obviamente, en tanto que la garantía también cobija los procesos sancionatorios y, por tanto, incluye casos en los cuales se adoptan fallos condenatorios, la doble instancia se convierte en garantía para efectivizar el derecho a impugnar esa providencia de condena.

Sin embargo, la doble instancia no es suficiente para que el derecho a impugnar la sanción se efectivice plenamente. Básicamente porque se pueden dar dos hipótesis en las cuales la referida garantía resulta inocua para tal efecto:

La primera, tiene que ver con la posibilidad, expresamente abierta en el artículo 31 constitucional, cuando advierte que ese reconocimiento de la doble instancia podrá tener las excepciones que fije la ley. Un caso concreto es el trámite de procesos de única instancia, en los cuales se puede entonces proferir una decisión condenatoria, no revisable por autoridad superior y, en general, por otra diferente. Incluso, instaurando un recurso horizontal, como la reposición, tampoco se habilitaría la doble instancia, en tanto que el llamado a resolverlo es la misma autoridad que adoptó la providencia a revisar.

La segunda hipótesis involucra los procesos que tienen doble instancia. Es el caso de una revocatoria que hace la au-

2. "Artículo 31: Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley"

toridad que examina la decisión de absolución proferida en una primera instancia. Es claro que sólo cuando se expide la segunda decisión, surge la “primera condena” y, de manera simultánea, el derecho a impugnarla que no puede ser garantizado con una apelación que ya se ejerció.

La delimitación de estos supuestos, muestran la precariedad de la doble instancia para hacer realidad el derecho a impugnar el fallo condenatorio y da lugar a la creación de una nueva figura jurídica: la doble conformidad, la cual, dentro del planeamiento realizado, se puede definir como una garantía procesal que tiene por finalidad específica que una decisión condenatoria pueda ser revisada por dos autoridades diferentes y, de ese modo, amparar plenamente el derecho de impugnación que le asiste a quien fue sancionado en un proceso adelantado en su contra.

EL DEVENIR DE LA DOBLE CONFORMIDAD EN MATERIA PENAL

La discusión sobre la necesidad de ajustar nuestro ordenamiento jurídico para consagrar, ad latere de la doble instancia, la garantía de doble conformidad inicia en los exámenes de constitucionalidad de los códigos de procedimiento penal que reconocían que ciertos trámites podían ventilarse en única instancia, lo cual, a juicio de quienes presentaron el respectivo libelo, contravenía los ya citados artículo 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

La Corte Constitucional estimó que no se desconocían los referidos tratados internacionales, pues lo que ellos exigen es que las decisiones condenatorias puedan ser impugnadas, sin que se esté indicando que tipo de impugnación se debe reconocer. Es particularmente dicente la Sentencia C-142 de 1993:

“ Impugnar una sentencia es oponerse con razones a lo resuelto en ella, en general interponer un recurso. Si la sentencia es condenatoria, el condenado la impugnará para ser absuelto o, al menos, disminuir la pena. Conviene no olvidar que el artículo 29 utiliza el verbo impugnar, que es genérico, y no se refiere a una forma de impugnar en particular. Como tampoco menciona recurso alguno. En el procedimiento penal colombiano existen diversos medios de impugnación de las sentencias. Haciendo uso de uno o más de los recursos que existen, todo reo puede impugnar la sentencia condenatoria. ”

Para el caso de los procesos de única instancia estimó que el ejercicio de la acción de revisión resultaba suficiente para dar por cumplida la exigencia normativa, lo cual unido al hecho que aquella se ventila ante el máximo órgano de la jurisdicción penal, otorga a los procesados, según su línea argumentativa, una ventaja, en tanto que optimiza la economía procesal y, a la vez, reduce el riesgo de errar en la adopción de la decisión.

La tesis plasmada en la referida decisión, C-142 de 1993, constituyó el hito que luego sería reiterado, de diversos modos, en pronunciamientos posteriores. Así, en la sentencia C-561 de 1996 se hizo mención de dicho precedente y, además, se señaló que en materia de distribución de competencias existe una “amplia libertad de configuración”, concepto que luego, en Sentencia C-411 de 1997, volvería a utilizarse para rechazar la pretensión de declarar inexecutable el vocablo “única” que calificaba los procesos de aforados constitucionales:

“

“...si lo que busca el impugnante es que allí donde la norma acusada contempla como de única instancia los procesos que se adelantan contra los congresistas esta Corporación introduzca la doble instancia, dando así posibilidad de apelar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en esa clase de procesos, su pretensión está llamada al fracaso, por cuanto la función de definir las instancias procesales en las distintas materias corresponde al legislador (artículos 31 y 150-2 C.P.).”

”

Los anteriores pronunciamientos se elaboraron en procesos que cuestionaban la constitucionalidad de normas jurídicas promulgadas con antelación al Acto Legislativo 03 de 2002 que sirvió de cimiento para la introducción de un proceso penal con mayor énfasis en el principio acusatorio. Sin embargo, la misma directriz hermenéutica se mantuvo con la nuevo marco normativo.

De hecho, en sentencia C-934 de 2006 que estudió la demanda que se instauraba contra las disposiciones normativas de la Ley 906 de 2004 reguladoras del proceso en única instancia ante la Corte Suprema de Justicia, se sintetizó la subregla que derivaba de los pronunciamientos hasta ese momento realizados:

“

“(i) el juzgamiento de altos funcionarios por la Corte Suprema de Justicia no desconoce el debido proceso, porque obedece a las previsiones establecidas por el legislador en desarrollo de lo estatuido en la propia Carta³; y (ii) el Legislador goza de potestad de configuración (a) para definir los cargos de los funcionarios que habrán

3. Ver las sentencias C-142 de 1993, C-561 de 1996, C-411 de 1997.

de ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia⁴, como quiera que el texto constitucional autorizó expresamente al legislador para atribuir funciones a la Corte Suprema de Justicia⁵; (b) para distribuir competencias entre los órganos judiciales (artículo 234, CP);⁶ (c) para establecer si los juicios penales seguidos ante la Corte Suprema de Justicia serán de única o doble instancia, dado que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, y el legislador puede definir excepciones a ese principio;⁷ y (d) para definir los mecanismos a través de los cuales se pueden corregir eventuales errores judiciales, como quiera que el legislador puede establecer las acciones o recursos disponibles para impugnar decisiones adversas o contrarias a derecho”.



En esa misma ocasión, La Corte hizo un repaso por algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y arriba a la conclusión que en ninguno de ellos se

4. El legislador, en ejercicio de la potestad de configuración ha modificado la lista de cargos cobijados por este fuero especial ante la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, desde el año 2000 el legislador ha determinado la inclusión de los siguientes funcionarios: (i) los mencionados en los artículos 174 y 235, numerales 2, 3, y 4 de la Carta, (ii) el viceprocurador, (iii) el vicesfiscal, (iv) los magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, (v) del Tribunal Superior Militar, (vi) del Consejo Nacional Electoral, (vii) los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y (viii) los tribunales superiores de distrito, (ix) los procuradores delegados, (x) el Registrador Nacional del Estado Civil, (xi) el Director Nacional de Fiscalía y (xii) los directores seccionales de fiscalía. La Corte declaró la exequibilidad de dichas inclusiones en las sentencias C-142 de 1993, C-561 de 1996, C-411 de 1997 y C-873 de 2003.

5. Ver la sentencia C-873 de 2003, precitada.

6. Ver la sentencia C-561 de 1996. No obstante, la Corte Constitucional (C-037 de 1996) declaró inconstitucional que la Ley Estatutaria del a Administración de Justicia atribuyera a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las apelaciones de algunos de estos procesos. El artículo juzgado decía: “Artículo 17. De la Sala Plena. La Sala Plena cumplirá las siguientes funciones: (...) 6. Resolver las impugnaciones y los recursos de apelación contra las sentencias, medidas cautelares, providencias y autos interlocutorios que profiera la Sala de Casación Penal en los procesos que trámite contra los funcionarios y servidores públicos con fuero constitucional de juzgamiento por los hechos punibles que se les imputen” (Proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de

hizo estudio del juzgamiento de altos dignatarios del estado ante el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y que, por tanto, no encontraba que hubiere algún tipo de oposición entre un proceso penal de única instancia adelantado ante la Corte Suprema de Justicia y los enunciados de la Convención Americana de Derechos Humanos o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Al igual que en las providencias reseñadas con antelación, la Corte sigue expresando que ser juzgado por el máximo tribunal de justicia ordinaria, lejos de menguar las garantías penales del procesado, las acentúa:



El juzgamiento de altos funcionarios por parte de la Corte Suprema de Justicia constituye la máxima garantía del debido proceso visto integralmente por las siguientes razones: (i) porque asegura el adelantamiento de un juicio que corresponde a la jerarquía del funcionario, en razón a la importancia de la institución a la cual éste pertenece, de sus responsabilidades y de la trascendencia de su investidura. Por eso, la propia Carta en el artículo 235 Superior indicó cuáles debían ser los altos funcionarios del Estado que gozarían de este fuero; (ii) porque ese juicio se adelanta ante un órgano plural, con conocimiento especializado en la materia, integrado por profesionales que reúnen los requisitos para ser magistrados del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria; y (iii) porque ese juicio se realiza ante el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, quien tiene a su cargo la in-

Justicia”) La Corte resolvió lo siguiente: “DECIMOTERCERO.- Declarar INEXEQUIBLES (...) el numeral 6o del artículo 17 (...)”

7. Ver las sentencias C-142 de 1993 y C-411 de 1997

interpretación de la ley penal y asegurar el respeto de la misma a través del recurso de casación.



La subregla entonces estaba clara: No viola el debido proceso, específicamente la garantía de doble instancia ni el derecho de impugnar el hecho de contar, dentro del sistema procesal, con trámite penales de única instancia.

Por supuesto, sobre la base del precedente fijado se resolvieron también tutelas⁸ que se interpusieron contra providencias emanadas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en las que no se daba trámite alguno a recursos de apelación presentados contra sentencias condenatorias expedidas por esa corporación en procesos de única instancia o donde, dada la inexistencia de recursos se cuestionaba, vía tutela, la declaratoria misma de responsabilidad.

La pacífica y reiterada postura de la Corte Constitucional sufrió un drástico giro en la Sentencia C-792 de 2014 que arribó a la conclusión que, tal y como estaba reglado el recurso ordinario de apelación en el Código de Procedimiento Penal, se presentaba una omisión legislativa contraria a la Carta, en tanto que no se contaba con un recurso que permitiere impugnar la decisión condenatoria en casos de única instancia o cuando se revocaba una absolución proferida en primera instancia.

La aludida providencia contó con 4 salvamentos de voto que, en resumen, mantenían la línea argumentativa que venía desarrollando la Corte hasta ese momento.

8. Cfr. SU-811 de 2009 T-146 de 2010, SU-195 de 2012 y SU-198 de 2013.

EL PLANTEAMIENTO MAYORITARIO PARTIÓ DE UNAS PREMISAS BÁSICAS

- Distinción entre el derecho a impugnar y la garantía de doble instancia. Es clara la Corte en indicar que estos términos son de distinta naturaleza jurídica y, por tanto, tienen un fundamento normativo también disímil. Aquel está en el artículo 29 de la Constitución Política, 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, la citada garantía encuentra su anclaje constitucional en el artículo 31 de la Carta. Asimismo, mientras que el derecho a impugnar es un derecho subjetivo que se refiere a la facultad que tiene el procesado de controvertir y exigir que otra autoridad diferente examine el fallo condenatorio expedido en su contra, la doble instancia es una garantía en cabeza de todos los intervinientes procesales y apunta a que la decisión que pone fin a un debate jurídico sea examinada por dos jueces diferentes, sin importar si hay o no correspondencia entre una y otra decisión.

- Sobre la base del marco normativo anterior, la Corte fija dos reglas que soportan su conclusión:



En primer lugar, la regla según la cual existe un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se dicta en un proceso penal. Este derecho comprende, por un lado, la facultad para atacar el único fallo incriminatorio que se dicta en juicios penales de única instancia, y por otro, la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia e imponen por primera vez una condena en la segunda, en los juicios de doble instancia.

...



“ En segundo lugar, el sistema recursivo diseñado por el legislador para materializar el derecho a la impugnación, debe garantizar los siguientes estándares: (i) el examen efectuado por el juez de revisión debe tener una amplitud tal, que permita un nuevo escrutinio de todos los elementos normativos, fácticos y probatorios determinantes de la condena; (ii) el análisis del juez debe recaer primariamente sobre la controversia de base que dio origen al litigio judicial, y solo secundariamente, sobre el fallo judicial como tal; (iii) debe existir un examen abierto de la decisión judicial recurrida, de modo que ésta pueda revocarse cuando del examen integral del caso se concluya que no hay lugar a la imposición de la condena, y no solo una revisión de la sentencia a luz de un conjunto cerrado de causales de procedencia del recurso.

”

- Si bien el sistema procesal permite la interposición de recurso extraordinario de casación o ejercer la acción de tutela o de revisión contra fallos condenatorios expedidos por primera vez cuando ya se ha agotado la doble instancia o cuando se trate de procesos de única instancia, la Corte estimó que ninguno de ellos cumplía con los estándares fijados para hacer efectivo el derecho de impugnación.

EN RELACIÓN CON EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

“...no satisface los requerimientos básicos del derecho a la impugnación, por las siguientes razones: (i) el recurso no puede ser utilizado para atacar cualquier sentencia condenatoria, porque excluye las referidas a las contravenciones penales, porque el juez de casación puede inadmitir el recurso a partir de juicios discrecionales sobre la utilidad del caso para el desarrollo jurisprudencial, y porque cuando se cuestionan las órdenes de reparación integral, son aplicables las limitaciones materiales de la legislación civil; (ii) el tipo de examen que efectúa el juez de casación es incompatible con la valoración que se debe efectuar en desarrollo del derecho a la impugnación, porque el recurso no permite una nueva aproximación al litigio o controversia de base, sino una valoración del fallo judicial a la luz de un conjunto cerrado de causales de procedencia, teniendo en cuenta únicamente los cuestionamientos del condenado”.

En relación con la acción de revisión se indicó que ella está diseñada para cuestionar sentencias ejecutoriadas, esto es, ya no se trataría de un recurso dentro del proceso. Amén de lo anterior, está limitado a unas causales específicas que no permiten el examen amplio que se requiere.

Por último, se indicó que la acción de tutela también resultaba insuficiente para preservar el derecho de impugnación aludido, en tanto que “se trata de un dispositivo excepcional que no permite controvertir todo fallo condenatorio que se dicta en la segunda instancia de un proceso penal, y porque tiene las mismas limitaciones materiales del recurso extraordinario de casación”.

A partir de lo anterior, se declara la inexecutable por omisión legislativa, decisión que difirió a un año, lapso que corrió paralelo con el exhorto al Congreso para que legislara de tal manera que se superara la omisión advertida, pues de no hacerse, como en efecto ocurrió, “se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena”.

El Congreso de la República dejó transcurrir el año fijado en la Sentencia sin haber legislado sobre la materia y, por tanto, con base en la misma decisión de la Corte Constitucional, se interpusieron recursos que fueron denominados “impugnaciones especiales”, los cuales inicialmente no fueron tramitados en la jurisdicción ordinaria sobre la base de inexistencia de reglamentación normativa, postura que ocasionó también acciones de tutela que escalaron a la Corte Suprema de Justicia y a la misma Corte Constitucional que, en un primero momento, tuvieron posturas yuxtapuestas. Mas aun, dentro del mismo tribunal constitucional se tuvo distintas lecturas en torno al alcance del precedente fijado en la C- 792 de 2014.

Así, en sentencia SU-215 de 2016, se indicó que la subregla creada en la nueva sentencia hito sólo podía cobijar aquellos fallos que condenaran por primera vez en el marco de una segunda instancia, pero que no amparaba la sanción que se profería primigeniamente en sede de casación. Los argumentos para soportar esta tesis fueron:

- “(i) no se demandaron las normas sobre competencias de la Corte Suprema de Justicia en casación, (ii) solo se cuestionaron normas referentes a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto obra como autoridad judicial de segunda instancia en los procesos penales, (iii) los cargos ciudadanos cuestionaban las disposiciones legales, estricta-

mente, porque desconocían el derecho a impugnar las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, (iv) y la Corte Constitucional, de forma explícita y clara, al delimitar los problemas jurídicos, circunscribió el primero de ellos a la pregunta de si la normatividad acusada vulneraba la Carta, en tanto no contemplaba medios de impugnación contra las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia”

”

Esta misma postura, no ajena a controversia interna expresada en varios salvamentos de voto, no derivó en una tensión con la Sala Penal, en tanto que la limitación que se fijaba al precedente hacía calificar de correcta la negativa del tribunal de justicia ordinaria al no dar trámite a recurso alguno a la sentencia condenatoria proferida por primera vez en sede de casación.

La misma restricción del alcance de la subregla de la C-792 de 2014 fue ratificada en la Sentencia SU-217 de 2019, providencia expedida en un proceso de tutela contra providencia que negaba el trámite de la impugnación especial que se había interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior al resolver esta la apelación interpuesta contra fallo absolutorio de primera instancia. Como se aprecia, el supuesto estaba entonces circunscrito al precedente que la Corte había delimitado, pues no era una primera condena en sede de casación sino de apelación. Evidentemente, para mantener la línea jurisprudencial, la Corte tuteló el derecho conculcado y ordenó dar trámite en la Corte a la impugnación presentada.

La Corte Constitucional tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse respecto del entendimiento de su precedente en torno a la efectividad del derecho a impugnar la primera condena cuando ésta se verifica en sede de recurso extraor-

dinario de casación. Esta vez fue mediante la Sentencia SU-218 de 2019. Sin embargo, a la postre, por carencia de objeto, no hubo un estudio mayor de esta materia. Y es que la Corte Suprema de Justicia, acogiendo los términos del Acto Legislativo 01 de 2018, asumió el trámite de los recursos de impugnación especial.

Es de recordar que el mencionado acto legislativo eliminó en materia penal los procesos de única instancia y, a la vez, reconoció normativamente el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria, con lo cual se avanzaba en el cumplimiento del exhorto que había hecho la Corte Constitucional desde el año 2014. Sin embargo, quedaban todavía vacíos, pues no se indicaba el procedimiento que debía seguirse para interponer y sustentar ese novel recurso, vacío que persiste a la fecha.

A priori se pensaría que con la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2018 se habría sorteado la tensión entre las altas cortes por el entendimiento del precedente de la sentencia C-792 de 2014. Sin embargo, eso no fue así, como pasa a describirse a continuación.

En primer lugar, mientras se surtió el proceso para designar a los nuevos magistrados que ocuparían las Salas Especiales de Instrucción y de Juzgamiento, la Corte adoptó sentencia condenatoria contra aforado constitucional y luego se abstuvo de dar trámite a la impugnación especial, ante la ausencia de regulación de un régimen de transición. Esta tesis fue rechazada por la Corte Constitucional que reafirmó la vigencia del precedente en torno al alcance del derecho de impugnación de sentencias condenatorias y, a la vez, recordó que la vigencia de un acto legislativo, salvo disposición en contrario, se da a partir de su promulgación y si en ellos se consagra el ejercicio de un derecho, no hay forma de obviar su aplicación pretextando la ausencia de reglamentación. Igualmente, la

postura mayoritaria de la Sala dejó sentado que la garantía de doble conformidad se debía otorgar a todos los procesos, incluso aquellos que fueron fallados con antelación a la expedición del citado Acto legislativo 01 de 2018.

Posteriormente con la sentencia SU-146 de 2020, la Corte desarrolló su planteamiento expuesto en la anterior providencia, es decir, la exigibilidad de garantizar la doble conformidad en todos los procesos penales, incluso antes de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2018.

En esta sentencia la Corte parte de la idea que la doble conformidad como garantía para efectivizar el derecho de impugnación de la primera sentencia condenatoria, emana de los estándares normativos de derechos humanos y, por vía del bloque de constitucionalidad, entran inmediatamente al orden interno. Igualmente, dado que se trata de un “bien fundamental”, su reconocimiento y aplicación no depende de un precepto especial, con lo cual se descarta la tesis de la Corte Suprema que condicionaba su vigencia con posterioridad a la promulgación del Acto legislativo 01 de 2018.

En otros términos, dado su carácter de derecho fundamental, es inocuo pretender desconocer esa impugnación especial sobre la base de la culminación del trámite procesal. Aun estando ejecutoriada la decisión del proceso de única instancia, resultaba posible exigir de la administración de justicia una nueva revisión del caso para garantizar la doble conformidad.

El problema que se presentaba ahora era puntual: ¿Desde cuándo se tornaba exigible ese derecho y esa garantía? La respuesta la encuentra la Corte Constitucional repasando los precedentes de la Corte Interamericana, ejercicio que le llevó a reconocer que esa exigibilidad se predica desde el 30 de enero de 2014, fecha en que dicho tribunal internacional ex-

pidió la Sentencia Liakat Ali Alibux vs. Suriname en la que fijó el “el alcance del derecho previsto en la Convención Americana en el artículo 8.2.h”.

Las decisiones judiciales habían dado entonces vida a la doble conformidad. Era ya una realidad el derecho del procesado a impugnar la primera condena que se profiriese en su contra. Sin embargo, se presentaba un vacío normativo: El procedimiento que debía seguirse. En especial el problema se presentaba cuando el primer fallo sancionatorio se configuraba en una segunda instancia, pues surgía la posibilidad de ejercer, junto a la impugnación especial, el recurso extraordinario de casación. La Corte Suprema de Justicia, también vía jurisprudencia, ha creado un procedimiento para reglamentar el ejercicio del derecho de impugnación especial, ante la omisión legislativa en esa materia. En la Sentencia AP 1263/19 (54215) se fijaron los siguientes parámetros:

- (i) “Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.
- (ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.
- (iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría -según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a

resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación”.

Un inconveniente adicional era la forma como se asumiría el ejercicio del derecho de impugnación en aquellos procesos de única instancia que contaban con sentencia condenatoria ejecutoriada. Ciertamente se presentaba una tensión con principios caros de la administración de justicia como la seguridad jurídica que se representa en la cosa juzgada.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, mediante Sentencia AP 2118/20 (34017), interpretó y aplicó el precedente de la Corte Constitucional en Sentencia SU-146 de 2020, que obligaba a dicho tribunal a crear un mecanismo que permitiere el ejercicio de la garantía de doble conformidad en casos que contaban ya con sentencia ejecutoriada, de manera tal que estableció un término judicial de 6 meses para hacer uso de dicho instrumento, contados a partir del 21 de mayo de 2020, fecha en la que se profirió la sentencia SU-146 de 2020 “y se materializó la posibilidad de ejercicio del derecho a recurrir la primera condena”.

Hoy la tensión que se presentó entre las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia se ha superado. Los precedentes depurados han sido ya acogidos y aplicados. Sin embargo, queda aun pendiente la reglamentación legal del recurso de impugnación especial, pues pese a los múltiples exhortos de los dos tribunales, el Congreso mantiene su silencio, por lo que el procedimiento que actualmente se tiene en cuenta es aquel que ha sido creado jurisprudencialmente.

LA DOBLE CONFORMIDAD EN EL DIDH EN EL SISTEMA UNIVERSAL

Como se indicó en acápite anterior, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se consagra en su artículo 14.5 que:

“ 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. ”

La redacción del precepto no deja equívoco: No hay excepción, no existe opción para incluir procesos de única instancia. Nada de eso. Si se expide una condena es un derecho del procesado que su caso, concretamente, que la condena que le es contraria, sea “sometida” a otro juzgador. Ese “sometimiento” debe entenderse como dejar subordinado la decisión a ese otro funcionario. La reserva de ley es para que se reglamente el procedimiento, pero, en modo alguno para que restrinja el derecho expresamente reconocido. Otro aspecto que también se debe tener en cuenta es el alcance del término “delito” que no debe tomarse en sentido literal y técnico, sino asimilarse a conductas reprochables que conlleve limitación de derechos fundamentales. En esa misma línea se pronunció el Comité de Derechos Humanos así lo indicó:

“El Comité considera que la expresión “conforme a derecho” del artículo 14 (5) del Pacto no pretende dejar a la discreción de los Estados partes la existencia misma del derecho de revisión, ya que los derechos son los reconocidos

por el Pacto, y no meramente los reconocidos por la legislación interna. Más bien, lo que debe determinarse “de conformidad con la ley” son las modalidades mediante las cuales se llevará a cabo la revisión por un tribunal superior. Es cierto que el texto en español del artículo 14 (5), que prevé el derecho de revisión, se refiere únicamente a “un delito”, mientras que el texto en inglés se refiere a un “crime” y el texto en francés se refiere a “une infraction”. No obstante, el Comité considera que la pena de prisión impuesta a la señora Consuelo Salgar de Montejo, aun cuando por un delito tipificado como “contravención” en el derecho interno, es lo suficientemente grave, en todas las circunstancias, para requerir una revisión por parte de un tribunal superior previsto en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto⁹.”



La redacción del precepto no deja equívoco: No hay excepción, no existe opción para incluir procesos de única instancia. Nada de eso. Si se expide una condena es un derecho del procesado que su caso, concretamente, que la condena que le es contraria, sea “sometida” a otro juzgador. Ese “sometimiento” debe entenderse como dejar subordinado la decisión a ese otro funcionario. La reserva de ley es para que se reglamente el procedimiento, pero, en modo alguno para que restrinja el derecho expresamente reconocido. Otro aspecto que también se debe tener en cuenta es el alcance del término “delito” que no debe tomarse en sentido literal y técnico, sino asimilarse a conductas reprochables que conlleve limitación de derechos fundamentales. En esa misma línea se pronunció el Comité de Derechos Humanos así lo indicó:

9. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Comunicación No. 64/1979. 24 de marzo de 1982. Salgar de Montejo vs. Colombia, párrafo 10.4



“El Estado Parte argumenta que en situaciones como la del autor, si una persona es juzgada por el más alto tribunal ordinario en materia penal, no es aplicable la garantía establecida en el artículo 14, párrafo 5 del Pacto; que la circunstancia de no tener derecho a una revisión por un tribunal superior se compensa con el juzgamiento por el tribunal de mayor jerarquía y que esta es una situación común en muchos Estados Partes del Pacto. El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto establece que una persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El Comité recuerda que la expresión “conforme a lo prescrito por la ley” no tiene la intención de dejar la existencia misma del derecho a la revisión a la discreción de los Estados Partes. Si bien la legislación del Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal. Por consiguiente, el Comité concluye que se ha violado el artículo 14, párrafo 5, del Pacto con relación a los hechos expuestos en la comunicación¹⁰”.



La exigencia de esa revisión por otra autoridad diferente a aquella que expidió la sentencia condenatoria se entendía

10. Ibidem. Comunicación N° 1073/2002. 15 de noviembre de 2004. Jesús Terrón vs. España.

como deber del estado en todos los asuntos, no siendo posible tener como excusa el que el proceso se lleve ante el máximo órgano judicial. La única excepción admisible para el Comité es que se hubiere expresado por el estado una reserva a la hora de ratificar el tratado¹¹.

En esta referencia al Sistema Universal de Derechos Humanos, no puede pasarse por alto que la Sentencia SU 146 de 2020 tuvo como uno de sus insumos el dictamen expedido por el Comité de Derechos Humanos, a propósito de la demanda impetrada contra el estado colombiano por el mismo ciudadano que interponía la tutela resuelta por la Corte Constitucional.

SISTEMA INTERAMERICANO

Cuando se repasan los pronunciamientos de la Corte Interamericana se observa de entrada que han sido varios los casos litigiosos en donde dicho tribunal ha dado alcance al contenido del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la Sentencia Herrera Ulloa vs Costa Rica se examinó el caso de un periodista que fue condenado por difamación dentro de un proceso que carecía de recurso ordinario pero que permitía el ejercicio del extraordinario de casación y, de hecho, se hizo uso de él. En esa providencia, la Corte indicó que el recurso que se debe otorgar a quien es condenado debe tener algunas particularidades como la de permitir su ejercicio “antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada”, “ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho” y que con el mismo se “ga-

11. Es el caso, por ejemplo, de Italia. Cfr. Ibidem. Comunicación No. 75/1980. 31 de marzo de 1983. Duilio Fanali vs. Italia.

rantice un examen integral de la decisión recurrida”¹². En el caso específico se estimó que la casación, dadas sus características en el derecho costarricense difícilmente podía alcanzar el baremo exigido.

En la Sentencia Barreto Leiva vs Venezuela la Corte Interamericana señaló en torno al adecuado entendimiento del artículo 8.2.h citado:

“Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo¹³. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso¹⁴”.

Posturas similares encontramos en Vélez Loo vs Panamá¹⁵ y Mohamed vs Argentina¹⁶, en este último se indicó que el derecho a impugnar el fallo condenatorio no se agota con

12. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 2 de julio de 2004. Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

13. Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, supra nota 48, párr. 161

14. Ibidem. Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Barreto Leiva vs. Venezuela.

15. Ibidem. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Vélez Loo vs. Panamá.

16. Ibidem. Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Mohamed vs Argentina.

la consagración de una garantía de doble instancia, pues en aquellos eventos en los cuales el juez revoca un fallo absolutorio e impone una condena por primera vez en la segunda instancia, dicha providencia debe ser susceptible de recurso ante otra autoridad.

En *Liakat Ali Alibox vs Suriname* la Corte Interamericana estimó que el ser juzgado por el máximo tribunal de justicia de un estado no es argumento suficiente para no otorgar un recurso frente al fallo condenatorio que se puede expedir. Señaló que aun cuando no existe una autoridad o tribunal superior, en los términos del precepto de la Convención Americana, la exigencia se puede cumplir “cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente”¹⁷.

LA DOBLE CONFORMIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

El recorrido que se ha realizado deja en evidencia la evolución que ha tenido la doble conformidad en materia penal. Sin embargo, en ninguno de las decisiones mencionadas se hace referencia directa y expresa a la posibilidad de exigir idéntica garantía en el proceso disciplinario.

La tesis que se presenta es que las mismas razones jurídicas para tornar en un imperativo del sistema procesal la consagración de la garantía de la doble conformidad en materia penal, con el objeto de proteger el derecho a impugnar el fallo que impone por primera vez una sanción, son perfectamente predicables en el campo disciplinario. Son varias las razones para arribar a tal conclusión:

17. Ibidem. Sentencia del 30 de enero de 2014. *Liakat Ali Alibox vs Suriname*.

Sabido es que tanto el derecho penal como el disciplinario son dos áreas jurídicas que constituyen especie de un mismo género: el derecho sancionatorio. Así, desde el punto de vista lógico, puede afirmarse entonces que los referidos conceptos son coordinados entre sí y, por tanto, comparten un atributo esencial (nota común): ser expresión del *ius puniendi* estatal.

Ahora bien, en el marco de un estado de derecho (y con mayor énfasis en un arquetipo de estado social de derecho), el ordenamiento jurídico tiene como finalidad, entre otras, de canalizar la actividad de la organización política. El principio de legalidad se constituye en el primer y más importante dique al poder político del estado. Desde luego, siendo la potestad de castigar la máxima expresión de fuerza que tiene el estado, es evidente entonces que toda regulación de esa facultad permea todos los ámbitos de su expresión que, para el caso concreto, incluye el ámbito penal y disciplinario.

El *ius puniendi* se ejerce por el ente estatal que, para ejercerlo, requiere de un proceso con un mínimo de características y garantías que, por cierto, dan lugar a la confección del concepto de debido proceso. Los componentes básicos de ese debido proceso, como derecho fundamental y dique del derecho a sancionar, debe ser común a las diferentes expresiones de dicha potestad.

En la misma línea de lo expresado, se refirió la Corte Constitucional en Sentencia C-692/18:



“El derecho disciplinario constituye una forma de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y, como tal, debe estar fundado en principios y valores constitucionales y asegurar en todo momento la vigencia de los elementos propios de la garantía del debido proceso.

Como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, se han señalado, entre otros, “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.”



Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue aun más precisa y enfática al señalar:

“

Del recuento de la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte hasta al momento, se entiende que ésta ha considerado que las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que además pueden ser aplicables a procesos de carácter sancionatorio. Ahora bien, lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance¹⁸.



Se infiere entonces que en lo que concierne al derecho a impugnar, circunscrito en el derecho de mayor amplitud conceptual como lo es la contradicción y defensa, las exigencias

18. Ibidem. Sentencia del 3 de mayo de 2016. Maldonado Ordoñez vs. Guatemala.

derivadas del marco constitucional para el proceso penal también son exigibles del proceso disciplinario.

En ese sentido, se registra como un verdadero avance normativo en Colombia la reforma que tuvo el Código General Disciplinario con la Ley 2094 de 2021, específicamente, cuando se incluyó como garantía propia del debido proceso disciplinario la doble conformidad.

El haber reconocido la citada garantía como norma rectora conlleva a que en todos los escenarios disciplinarios debe asegurarse un recurso efectivo para permitir la impugnación del primer fallo sancionatorio. No es una exigencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación, sino también resulta un imperativo en los procesos que adelantan las autoridades disciplinarias de cada entidad pública.

En sintonía con lo expresado se registra el artículo 93 del Código General Disciplinario que señala, refiriéndose a los trámites que adelantan las oficinas de control interno disciplinario, que “(e)n los casos en donde se deba tramitar la doble conformidad, la decisión final estará siempre a cargo de la Procuraduría General de la Nación, atendiendo sus competencias”. Igualmente, en el artículo 100 se plasma el derecho a doble conformidad en el proceso disciplinario que se adelanta contra el procurador general de la Nación.

Por supuesto que para los procesos que tramita la Procuraduría se hace una especial y concreta referencia a la doble conformidad no sólo en la delimitación del debido proceso disciplinario, sino en varios preceptos que regulan competencias. La intención es clara: evitar incurrir en una omisión legislativa que de al traste con el derecho de impugnar el primer fallo sancionatorio. Por ello, en los artículos 101 y 102 se asigna competencia especial al procurador general de la Nación y a las Salas Disciplinarias para resolver los recursos

de impugnación especial en eventos muy concretos. Incluso, en el último de los preceptos citados, se crea la Sala de doble conformidad para poder resolver los fallos sancionatorios que se profieran por primera vez en el despacho del Procurador General de la Nación.

Evidentemente las reseñas normativas solo se refieren a decisiones expedidas por los Delegados o por las Salas, dejando de lado la solución de aquellos eventos en donde, producto de un recurso de apelación que deba ser conocido por la Procuraduría Regional de Juzgamiento, ésta decida revocar la absolución y sancionar, por primera vez, al procesado. Este supuesto es resuelto en el artículo 25 A del Decreto-ley 262 de 2000, modificado por el Decreto 1861 de 2021, en el sentido de asignar a las procuradurías delegadas de juzgamiento la competencia para decidir la doble conformidad de dichos fallos sancionatorios.

Este recuento normativo deja en claro que el sistema procesal disciplinario no deja vacío alguno a la hora de efectivizar el derecho de impugnación del fallo sancionatorio, para lo cual ha hecho una explícita reglamentación de la garantía de doble conformidad. No obstante, al igual que ocurre en el proceso penal, el legislador no reguló de manera expresa el procedimiento para ejercer ese derecho de impugnación especial.

Desde luego, la caracterización que se ha hecho del recurso que debe contemplarse y la misma solución jurisprudencial que ha hecho la Sala Penal de la Corte para suplir el vacío existente en esa jurisdicción, permiten arribar a estas conclusiones:

- El recurso de impugnación especial en el proceso disciplinario debe ser caracterizado como ordinario, es decir, carece de formalismos y permite un examen amplio y completo de la decisión repugnada.

- Se debe ejercer dentro del proceso, por lo que no hay lugar a ejecutoria inmediata de un fallo de segunda instancia cuando éste revoque una absolución expedida en la primera.

- Ante la ausencia de regulación normativa sobre término para interponerlo o sustentarlo, habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 131 del Código General Disciplinario:

“

Artículo 131. Oportunidad para interponer los recursos. Los recursos de reposición y apelación se podrán interponer desde la fecha de expedición de la decisión hasta el vencimiento de los cinco (5) días siguientes a la notificación respectiva. Si la notificación de la decisión se hace en estrados, los recursos deberán interponerse y sustentarse en el curso de la audiencia o diligencia. Si la misma se realiza en diferentes sesiones, se interpondrán en la sesión en la que se profiera la decisión a impugnar”.

”

El acudir al enunciado citado no es gratuito, pues, como lo indica su encabezado, se regula en general la oportunidad para interponer los recursos, sea cual fuere. Si bien luego se hace mención de reposición y apelación, términos que no identifican plenamente la impugnación especial, siendo éste un recurso ordinario como aquellos, es perfectamente viable y necesario someterlo a las mismas restricciones temporales.

CONCLUSIONES

La doble conformidad tiene un anclaje constitucional en el derecho de impugnación de la sentencia condenatoria previsto en el artículo 29 de la Constitución Política. Igualmente, se reitera en instrumentos internacionales de derechos Humanos como lo son el 8.2.h de la Convención Americana de derechos Humanos y el 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y Políticos, tratados que, por su naturaleza, hacen parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, también hacen parte del orden interno.

La doble conformidad es una garantía que pretende efectivizar que la persona cuente con un instrumento procesal que haga efectivo el derecho a impugnar la primera sentencia sancionatoria cuando ya se han agotado las dos instancias o cuando se carezca de ellas.

A partir de la Sentencia C-792 de 2014 se incorporó a nuestro sistema procesal la exigibilidad de reconocer la garantía de doble conformidad en el proceso penal.

La naturaleza del derecho disciplinario y su relación con el penal obliga a que en el proceso disciplinario también se garantice la doble conformidad, tal y como se hizo con la reforma introducida al Código General Disciplinario con la Ley 2094 de 2021.

La omisión legislativa sobre la oportunidad para impetrar la impugnación especial en el proceso disciplinario obliga a que se ajuste a los términos previstos para los demás recursos ordinarios de apelación y reposición.

**LAS FUNCIONES DE
POLICÍA JUDICIAL
DISCIPLINARIA EN EL
NUEVO CÓDIGO GENERAL
DISCIPLINARIO**

LUCILA MERCEDES VIDAL LUQUE
Directora Nacional de
Investigaciones Especiales

10

Copia privada para el Ejército Nacional

LAS FUNCIONES DE POLICÍA JUDICIAL DISCIPLINARIA EN EL NUEVO CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

LUCILA MERCEDES VIDAL LUQUE
Directora Nacional de Investigaciones Especiales

Afectuoso saludo a todos y todas. Muchísimas gracias, Señora Procuradora General de la Nación, por la invitación a participar en este Seminario Regional para la implementación de la Ley 2094 de 2021.

Me ha correspondido referirme a uno de los temas menos desarrollados en lo que a derecho disciplinario se refiere, este es, la policía judicial disciplinaria.

Quiero comenzar mi intervención planteando a los asistentes un interrogante: ¿Puede la Procuraduría ordenar la interceptación de comunicaciones con ocasión de un proceso disciplinario? La respuesta en el curso de mi intervención.

Poco se ha escrito sobre este tema. Al asumir funciones como Directora Nacional de Investigaciones Especiales, dadas las facultades que se otorgan a la dependencia que dirijo, comencé a indagar al respecto, encontrando varios libros entre ellos el del doctor Francisco Farfán Molina quién fungió igualmente como Director Nacional de Investigaciones Especiales dónde se hace referencia a la policía judicial disciplinaria pero finalmente el énfasis se hace sobre la policía judicial en sentido amplio.

De allí la necesidad de que lo primero que debemos intentar es un acercamiento a la definición de la policía judicial disciplinaria, la cual podemos entenderla como la atribución para apoyar actuaciones en la indagación previa y en la investigación disciplinaria, con el fin de garantizar el aseguramiento y la práctica de pruebas en los campos técnico, científico, operativo e investigativo o que por su naturaleza, complejidad y oportunidad requiere su intervención, con el fin de determinar la ocurrencia de las faltas disciplinarias, sus presuntos autores y la responsabilidad que a éstos les incumbe.

Este concepto nos plantea los fines de la policía judicial en materia disciplinaria, así como su objeto, siendo este, el aseguramiento y práctica probatoria atendiendo los criterios de complejidad, oportunidad y alto contenido técnico.

Pero ¿cuál ha sido la relación del Ministerio Público - Procuraduría con la Policía Judicial? Para ello debemos hacer un recorrido cronológico por diversas normas del derecho penal y luego del disciplinario, para evidenciar el origen y evolución de la policía judicial disciplinaria como categoría autónoma.

Un primer momento normativo lo encontramos en el Decreto 1345 de 1970 (4 de agosto) *“por el cual se codifican las normas sobre Procedimiento Penal”*.

Para esta época, el Ministerio Público en lo penal era ejercido por la Procuraduría General de la Nación y bajo la Constitución Política de 1886 tenía las atribuciones de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, así como perseguir los delitos y contravenciones que perturbaren el orden social, además de defender los intereses de la Nación y promover el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

El artículo 278 del Código de Procedimiento Penal de 1970 definía la policía judicial como un cuerpo auxiliar de la rama

jurisdiccional del poder público y su dirección, vigilancia y coordinación estaba en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. Aunque en este primer instante no estaban separadas la vigilancia de la conducta de los funcionarios públicos de la persecución penal general, se evidencia que la policía judicial ya era una atribución necesaria para el cumplimiento de sus competencias constitucionales; ello se mantuvo así en el Código de Procedimiento Penal de 1971 (Decreto 409 de 1971).

En 1987 se da un primer intento de separación con el Decreto 050 del 13 de enero, *“Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*. En esta codificación, las funciones de dirección y coordinación de la policía judicial pasaron a la Dirección Nacional y Seccionales de Instrucción Criminal y se creó el Cuerpo Técnico de Policía Judicial destinado a prestar a los jueces la colaboración investigativa que fuera necesaria. Sin embargo, en su artículo 332, disponía que los abogados de la Procuraduría General de la Nación ejercían eventualmente las funciones de policía judicial cuando en ejercicio de la vigilancia judicial o administrativa encontraran hechos punibles imputables a funcionarios públicos. Si bien la policía judicial aún tenía por objeto la conducta punible, podría ser ejercida en la labor administrativa o judicial de la Procuraduría que ejercía frente a los empleados públicos.

La historia de la Procuraduría General de la Nación nos enseña que pasó poco tiempo para que se evidenciara la necesidad de contar con un personal técnico, especializado y propio que apoyara la misionalidad de la Entidad; por ello, en 1989 mediante la Ley 21 del 27 de enero se crea la Oficina de Investigaciones Especiales, adscrita al Despacho del Procurador General, para adelantar las investigaciones y recolectar los elementos de juicio indispensables en materia de la tutela de los derechos humanos y vigilancia judicial y administrativa, es decir, para dos ejes misionales de la entidad: lucha contra la corrupción y protección de derechos humanos, aspectos relevantes atendi-

do las circunstancias fácticas de la realidad nacional para esa época. Dicha ley incluyó dentro del personal de la Oficina a visitadores de policía judicial y dispuso que podría practicar cualquier clase de pruebas previstas en el régimen disciplinario, las cuales a su vez, tendrían el mismo valor probatorio reconocido a las diligencias practicadas por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial de conformidad con el Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987).

En este momento de la historia, no solo se crea un órgano con facultades de policía judicial para funciones misionales de la Procuraduría distintas a persecución penal, sino que además, con la atribución de practicar pruebas específicas para el proceso disciplinario; aunque en la práctica no fue muy clara esa distinción.

Sin embargo esa tendencia normativa continuó y al año siguiente, mediante la Ley 4 de 1990, se reorganizó la estructura de la Procuraduría General de la Nación, y se dispuso, de forma expresa en el parágrafo del artículo 5, que los empleados de la Oficina de Investigaciones Especiales cumplirían funciones de policía judicial y que las atribuciones y valor probatorio de sus actuaciones se regularían por las normas del Código de Procedimiento Penal.

En este momento de la historia no había duda de la facultad de policía judicial de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, la cual tenía como funciones las de instruir las investigaciones propias del Ministerio Público que le asignare el Procurador General, asesorar a las dependencias de la Procuraduría General y del Ministerio Público en los aspectos técnico-científicos de las investigaciones, adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requirieran por hechos relacionados con la moralidad administrativa y coordinar las actuaciones de la Procuraduría con las diversas autoridades de policía judicial o de instrucción criminal.

Esto abonó el camino para el momento hito con la Constitución Política de 1991 que crea la Fiscalía General de la Nación y la separa de la Procuraduría, disponiendo que esta última tendrá las atribuciones de policía judicial para el cumplimiento de sus funciones (art. 277, inciso final), es decir, para la vigilancia superior de la conducta oficial de los servidores públicos, la protección de los derechos humanos, la garantía del cumplimiento del ordenamiento jurídico y demás funciones constitucionales.

En este momento podemos decir que se creó la policía judicial disciplinaria de forma autónoma e independiente, además de elevarla a raigambre constitucional; se trata de una policía judicial propia al derecho disciplinario y funciones de la Procuraduría General de la Nación.

Esta autonomía no solo quedaría plasmada en las codificaciones disciplinarias que se expedirían con posterioridad hasta el día de hoy, sino también en los códigos de procedimiento penal posteriores a la Constitución de 1991. Así, el Decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 establecieron que la Procuraduría General de la Nación ejerce funciones permanentes especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y de manera especial en el ámbito de su competencia. En el primer caso, serán ejercidas bajo la dirección y coordinación del Fiscal General y sus delegados, pero en materia disciplinaria y otras competencias de la Procuraduría será autónoma e independiente.

En la misma línea y en regulación de las disposiciones constitucionales, los distintos Códigos Disciplinarios -Ley 200 de 1995, Ley 734 de 2002, y Ley 1952 de 2019 con la modificación de la Ley 2094 de 2021- así como las normas que han reglado la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación -Ley 201 de 1995 y Decreto Ley 262 de 2000 con la modificación del Decreto Ley 1851 de 2021- han consagrado las

facultades de policía judicial, así como las funciones jurisdiccionales que han estado estrechamente ligadas.

El Código Disciplinario de 1995 establecía que las facultades de policía judicial que la Constitución Política le atribuye a la Procuraduría General de la Nación serían ejercidas por los funcionarios que adelantaren las indagaciones o investigaciones disciplinarias sólo cuando fueran necesarias y conducentes para esos fines (art. 136), y para dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, el Procurador General de la Nación tendría además atribuciones jurisdiccionales (art. 135).

A la par del Código, la Ley 201 de 1995, que establecía la estructura y organización de la Procuraduría General, convirtió la Oficina de Investigaciones Especiales en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, la cual seguía teniendo facultades de policía judicial para el cumplimiento de las funciones de la Procuraduría, y las atribuciones y valor probatorio de sus actuaciones seguían siendo reguladas por las normas del Código de Procedimiento Penal.

La función de policía judicial en cabeza de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales continuó consagrándose en el Decreto Ley 262 de 2000 que derogó en dicho asunto la Ley 201 de 1995, y se dejó incólume en la reciente reforma realizada por el Decreto Ley 1851 de diciembre de 2021.

Así mismo, el Código Disciplinario Único del 2002 -Ley 734-, en su artículo 148, desarrolló las facultades de policía judicial, en cuyo ejercicio, el Procurador General y el Director Nacional de Investigaciones Especiales podían proferir las decisiones correspondientes, y además, el Procurador General de la Nación podía delegar en cualquier funcionario de la Procuraduría el ejercicio de la policía judicial, en casos especiales. Adicionalmente, estableció que de conformidad con el artículo 116 de

la Constitución Política y para efectos de facultades de policía judicial, el Procurador General tenía funciones jurisdiccionales con el fin dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal, es decir, aquellas que afectaren derechos fundamentales como lo fue entendido por la Honorable Corte Constitucional.

En efecto, cuando la Corte Constitucional estudió la exequibidad del mencionado artículo 135 de la Ley 200 de 1995 mediante la sentencia C-244 de 1996, no solo abordó las facultades constitucionales de policía judicial de la Procuraduría General de la Nación, sino que declaró constitucional la función jurisdiccional reconocida en la ley para el aseguramiento y práctica de pruebas en los procesos disciplinarios, en concreto, para aquellas diligencias investigativas o probatorias que requieren orden de autoridad judicial competente, como es el caso de los allanamientos, registro de correspondencia, interceptación de comunicaciones, vigilancia electrónica, etc., los cuales, al estar íntimamente relacionados con la restricción o injerencia de derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial.

Esta posición de la Corte fue reiterada en la sentencia C-1121 de 2005 que estudió la constitucionalidad del mencionado artículo 148 de la Ley 734 de 2002, y luego en un asunto concreto en sentencia SU-414 de 2017, en un caso de tutela instaurada por Miguel Ángel Durán Gelvis en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el cual, la Procuraduría General de la Nación y en específico la DNIE, realizó interceptaciones telefónicas en desarrollo de un proceso disciplinario que fueron pruebas trasladadas a un proceso penal ante la Sala de Casación Penal.

En la decisión de 2017, la Corte no solo consideró que las interceptaciones realizadas por la Procuraduría General de la Nación que fueron trasladadas y valoradas por la Sala de Ca-

sación Penal de la Corte Suprema de Justicia no se encontraban viciadas, toda vez que el artículo 21 de la Ley 734 de 2002 remitía a la normatividad procesal penal vigente y dichas interceptaciones fueron practicadas conforme a la Ley 600 de 2000; sino que además, reiteró lo dicho en la sentencia C-244 de 1996 y reafirmó que la Procuraduría, a partir de sus atribuciones de policía judicial, está facultada autónomamente para practicar allanamientos, interceptación a las comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica y otras prácticas investigativas.

Esto me permite responder la pregunta que había hecho al inicio de mi intervención: ¿Puede la Procuraduría ordenar la interceptación de comunicaciones con ocasión de un proceso disciplinario? La respuesta es sí; la Corte Constitucional lo dejó claro en la sentencia de 1996 y lo ha reiterado desde entonces, y ahora, quedó expreso en la reforma realizada por el Decreto Ley 1851 de 2021, expedido con el objeto de ajustar el Decreto Ley 262 de 2000 a la Ley 2094 de 2021.

El artículo 7, numeral 21, del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1851 de 2021, establece como una función del Procurador General de la Nación autorizar la práctica de las pruebas decretadas en todos los procesos disciplinarios por los funcionarios competentes cuando traten de actos de investigación complejos.

Si bien dicho numeral no establece una definición de los actos de investigación complejos, sí proporciona un listado enunciativo tales como son la interceptación de comunicaciones, las inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, la retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones y finaliza incluyendo todos *“aquellos que por su naturaleza sean similares”*.

Atendiendo a su naturaleza, se observa que los actos de investigación complejos son aquellas diligencias investigativas cuya práctica implica injerencia o restricción de derechos y garantías fundamentales como puede ser la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros, es decir, aquellos que la Corte Constitucional ya había mencionado en la sentencia C-244 de 1996 como actos de policía judicial y que requieren orden jurisdiccional para su práctica.

Por esa razón es que el Procurador General de la Nación es el único competente para autorizar su práctica en ejercicio de la función jurisdiccional reconocida en la ley y, en virtud, del artículo 10, numeral 2, del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1851 de 2021, la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales ostenta la competencia exclusiva para la práctica de dichos actos de investigación complejos previa autorización del Procurador General, al ser precisamente, la dependencia con los profesionales idóneos y conocimiento de alto contenido técnico – científico de la Procuraduría General de la Nación.

El texto original del artículo 200 de la Ley 1952 de 2019 antes de la modificación de la Ley 2094 de 2021 consagraba la misma redacción que el artículo 148 de la Ley 734 de 2002 en materia de policía judicial y funciones jurisdiccionales, adicionando que en los procesos por faltas disciplinarias gravísimas contra servidores públicos señalados en el artículo 174 de la Constitución, solo el Procurador General tendrá a su cargo las funciones de policía judicial.

La Ley 2094 de 2021 modificó dicho artículo 200 quedando de la siguiente manera: *“En desarrollo de las atribuciones de policía judicial, en los términos del artículo 277 de la Constitución Política, solo el Procurador General de la Nación podrá de oficio o a solicitud de la autoridad disciplinaria, debi-*

damente motivada, ejercer estas funciones”, y acto seguido conservó la facultad frente a los servidores del artículo 174 de la Constitución.

Esta disposición debe leerse sistemáticamente con las facultades de policía judicial sostenidas a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales con el Decreto Ley 1851 de 2021, intrínsecas a su naturaleza técnico-científica y a la práctica exclusiva de los actos de investigación complejos, siendo éstos últimos, frente a los cuales solo el Procurador General de la Nación puede autorizar su práctica¹.

Por otra parte, el artículo 116 del Código General Disciplinario consagra que cuando la Procuraduría General de la Nación ejerza funciones de policía judicial se aplicara la Ley 600 de 2000 en cuanto no se oponga a las previsiones de dicha ley, remisión que también contenía el artículo 96 de la Ley 734 de 2002. Sin embargo, es necesario enunciar que por primera vez, un código disciplinario tiene un capítulo específico que desarrolla el régimen probatorio en el proceso disciplinario, lo que significa una tarea trascendental para la policía judicial disciplinaria, en el sentido de ajustar los procedimientos, formatos y lenguaje al régimen propio, tratándose de un paso más en su autonomía y en la consolidación de su concepto, objeto y fines.

1. La Gaceta 234 del 7 de abril de 2021 Senado de la República, en relación al Proyecto de Ley No. 423 de 2021 Senado “*Por medio del cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones*” (hoy Ley 2094 de 2021) muestra que el texto original del Proyecto era: “*Artículo 200. Atribuciones de policía judicial. En desarrollo de las atribuciones de policía judicial, en los términos del artículo 277 de la Constitución Política, solo el Procurador General de la Nación podrá de oficio o a solicitud de la autoridad disciplinaria, debidamente motivada, autorizar la realización de los siguientes actos complejos de investigación: interceptación de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, retención de correspondencia y recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.*” Es decir, la expresión “solo” hacía referencia a los actos de investigación complejos, lo que guarda coherencia con la reforma realizada por el Decreto Ley 1851 de 2021 en la materia.

La Dirección Nacional de Investigaciones Especiales es el cuerpo técnico-científico de la Procuraduría General de la Nación, que brinda el apoyo y asesoría de alto nivel técnico para el aseguramiento y práctica probatoria en el desarrollo de los procesos disciplinarios adelantados por todas las dependencias de la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio Público y las Oficinas de Control Interno Disciplinario, así como también en el curso de las funciones misionales de prevención e intervención de la Procuraduría. Adicionalmente, instruye procesos disciplinarios que le asigna directamente el Procurador General de la Nación, participa en comisiones conjuntas para adelantar las investigaciones con servidores públicos que cumplen funciones de policía judicial previa designación del Procurador General y como ya se mencionó, practica de forma exclusiva los actos complejos de investigación.

Para poder cumplir con dichas competencias y abarcar a todos los clientes internos y externos que requieren de apoyos técnicos, apoyos técnico-científicos, asesorías o asesorías especializadas, además del nivel central, la DNIE tiene tres (3) seccionales con los departamentos atribuidos así: i) Seccional Atlántico: La Guajira, Bolívar, Magdalena, Cesar, Sucre, Santander, Norte Santander y Atlántico; ii) Seccional Valle del Cauca: Cauca, Nariño, Putumayo, Tolima, Huila, Caquetá, Risaralda, Quindío y Valle, y iii) Seccional Antioquia: Córdoba, Chocó, Caldas, San Andrés y Antioquia.

Así mismo, la DNIE dispone de profesionales con perfiles y conocimientos idóneos a las ciencias y artes requeridas en las investigaciones disciplinarias y con el fin de ofrecer una atención oportuna e idónea a las necesidades de nuestros clientes, se ha organizado su estructura integrada por los Servidores con actividades de atención de clientes encargados de articular y establecer comunicación con los clientes asignados para lograr la mayor idoneidad en la técnica probatoria y distribuyen las solicitudes de apoyo de acuerdo al área de trabajo o de

conocimiento, donde cada una tiene un par llamado Gestor de área que revisa que los informes presentados cumplan con la más alta calidad requerida.



Cuadro 1: Estructura DNIE

Así mismo, la DNIE se ha organizado en ocho (8) Áreas de Trabajo de acuerdo a las áreas del conocimiento de la siguiente manera:

No.	Area de trabajo	No. Servidores
1	ÁREA DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS	19
2	ÁREA DE FINANCIEROS	17
3	ÁREA DE TÉCNICOS INVESTIGADORES	16
4	ÁREA DE DERECHOS HUMANOS Y CRIMINALÍSTICA	11
5	GRUPO DE INFORMÁTICA FORENSE Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	8
6	ÁREA DE ABOGADOS DISCIPLINARIOS	6
7	ÁREA DE SECRETARÍA TÉCNICA	8
8	ÁREA DE LOGÍSTICA	7

Cuadro 2: Áreas de trabajo

De esta manera, la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales en sus más de 30 años de existencia, ha cumplido con los objetivos para los cuales fue creada y se ha fortalecido para los retos que ha significado el Código General Disciplinario.

Hoy en día, presta un portafolio variado de servicios para atender las pruebas con la mayor rigurosidad técnica, científica, operativa e investigativa, las cuales por su naturaleza, complejidad u oportunidad requieren de la intervención de la DNIE: el cuerpo técnico de la policía judicial disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación.

Muchas gracias.

Copia privada para el Ejército Nacional

LA REVOCATORIA DIRECTA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Consejero de Estado

11

Copia privada para el Ejército Nacional

LA REVOCATORIA DIRECTA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Consejero de Estado

La revocatoria directa de los actos disciplinarios, se constituye en el tema que hemos escogido como objeto de análisis, con el propósito de aportar algunas reflexiones en torno al debate que se ha planteado en este foro académico, relacionado con las funciones jurisdiccionales de la Procuraduría General de la Nación, en el marco del Código General Disciplinario; de forma que cuando se hace alusión a esta codificación, nos referiremos a la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021.

Se trata de una institución propia del derecho administrativo; de suerte que, por antonomasia, las decisiones que se pueden revocar son los actos administrativos. A contrario sensu, las decisiones jurisdiccionales no son sujetas de la revocatoria y mucho menos si ésta opera de manera directa, por cuanto que ellas están permeadas por el principio de inmutabilidad, dado que se profieren con vocación de permanencia en el tiempo.

Entonces, resulta ser de suma importancia la determinación de la naturaleza del acto que emane de las autoridades con potestad disciplinaria, diferenciando si se trata de un acto de contenido administrativo o jurisdiccional; debido a las consecuencias que genera frente al ejercicio del derecho de de-

fensa y contradicción, toda vez que los medios de control con que cuenta el asociado son distintos. En ese sentido, no será lo mismo tener la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para demandar un acto administrativo que lo perjudica y someterlo al control judicial, que tener que asumir una decisión definitiva, de tipo jurisdiccional, a penas controlable ante la jurisdicción de manera excepcional y extraordinaria.

La figura de la revocatoria directa de los actos disciplinarios, no es novedosa. No se trata de una introducción efectuada por el Código General Disciplinario; no solo porque ya se encontraba prevista en la ley 734 de 2002, que la llevó a su consolidación, sino porque ha sido enriquecida a partir del desarrollo jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado; constituyéndose en una herramienta que ha permitido que la administración, de manera eficiente, pueda corregir sus propios errores, producto, básicamente, de la vulneración de los derechos fundamentales de los sujetos disciplinables.

Producto de esta evolución jurisprudencial, hoy en día la figura permite la posibilidad, no solamente de revocar los actos sancionatorios, sino también los autos de archivo de la investigación y las decisiones absolutorias, cuando quiera que desconozcan los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

De suerte que la revocatoria directa, en estos casos, se convierte en una manifestación del principio de no impunidad, dado que se trata de evitar que conductas lesivas de los derechos humanos queden sin reproche disciplinario por parte del Estado; función que como manifestación del ius puniendi, realiza la Procuraduría General de la Nación, junto con un número importante de tareas que garantizan la efectividad del Estado Social de Derecho.

Entonces, la figura de la revocatoria directa, contrario a que hubiere sufrido una mengua, por razón del otorgamiento de funciones judiciales a la Procuraduría General de la Nación, se ha fortalecido en el Código General Disciplinario, puesto que, si bien, algunos de sus actos tienen naturaleza jurisdiccional, lo cierto es que, otros, siguen siendo típicamente administrativos.

En ese sentido, so pena de confrontar y contradecir a otros expositores que nos han antecedido en el uso de la palabra; la tesis que se profesa, tiene como punto de partida el sostener que no todos los actos que, en ejercicio de la potestad disciplinaria, emanen de la Procuraduría General de la Nación, son, per se, actos jurisdiccionales.

Ahora bien, para sostener esta tesis, debe tenerse como punto de partida, el hecho de que unido al concepto de jurisdicción, que otorga la ley, se encuentra el de la competencia. De suerte que no hay jurisdicción sin unas competencias atribuidas de manera clara, precisas y determinadas.

Conviene, por tanto, recabar en que la ley 2094 de 2021, le atribuyó jurisdicción a la Procuraduría General de la Nación, pero a su vez, también le asignó las competencias. Sin embargo, no hacemos alusión a las competencias generales que tiene la entidad como suprema autoridad en materia disciplinaria, por cuanto que, en sí misma, esa atribución no es una verdadera competencia, al no ser especial, clara, ni precisa; no obstante, haberla tenido desde sus orígenes, incluso cuando, además, se trataba de una autoridad de naturaleza absolutamente administrativa.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Procuraduría General de la Nación, por virtud de lo dispuesto en la ley, asume competencias para revocar los actos administrativos de carácter disciplinario, proferidos por las personerías municipales y las

oficinas de control interno disciplinario, siendo la Procuraduría General de la Nación la única autoridad con potestad para hacerlo; resulta diáfano concluir que se trata de una competencia cuya naturaleza sigue siendo de carácter administrativa.

En efecto, el artículo 28 de la ley 2094 de 2021, modificatorio del artículo 141 de la ley 1952 de 2019, despojó al funcionario de la oficina de control interno disciplinario que emanó el acto, a su superior jerárquico y a los personeros municipales, de la potestad de ejercer la revocatoria directa de sus propios actos administrativos; competencia que se radicó exclusivamente en cabeza de la Procuraduría General de la nación, según las competencias internas de la entidad.

En ese orden, la pregunta que surge es la siguiente: ¿Cuándo el Procurador o la Procuraduría General, asume la competencia para revocar directamente los actos administrativos sancionatorios emanados por las oficinas de control interno disciplinario y las personerías municipales, con observancia de las causales de revocatoria establecidas para el efecto, nos encontramos en presencia de un acto de naturaleza jurisdiccional?

Nosotros pensamos que, en este preciso caso, el acto de revocatoria directa no tiene naturaleza jurisdiccional, por cuanto que se trata de un acto administrativo; toda vez que la función jurisdiccional otorgada por el legislador a la Procuraduría General de la Nación, encuentra su sustento cuando quiera que se pretenda disciplinar a los funcionarios públicos de elección popular, dado que esta atribución tiene razón de ser en el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, frente al Estado Colombiano, aplicaron lo dispuesto por el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En similar sentido, consideramos que cuando quiera que la Procuraduría General de la Nación, asume competencias, en el marco del poder preferente, de un proceso disciplinario adelantado ante las Personerías Municipales y las oficinas de control interno disciplinario; los actos que profiera serán también de naturaleza administrativa y, por tanto, susceptibles de control judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En otras palabras, las competencias no pueden ejercerse al arbitrio de la autoridad que las detenta, de forma que si la Procuraduría General de la Nación, asume el conocimiento de un proceso disciplinario, con ocasión del ejercicio del poder preferente, por considerar que se trata de un caso importante por razón de su función de protección del interés general, no es posible mutar la naturaleza del proceso que viene adelantándose, solamente en atención a la calidad de la autoridad que adelanta el proceso; por cuanto que la competencia jurisdiccional es estricta y debe estar dada por la ley. Por tanto, en la medida en que el proceso cuya competencia se asume de manera preferente, es de naturaleza administrativa y que la procuraduría no adelanta dicha atribución en cumplimiento de su función jurisdiccional, se debe concluir que el poder preferente no conlleva al ejercicio de jurisdicción.

De acuerdo con lo dicho, precisa también preguntarse, en qué casos ¿la Procuraduría General de la Nación, ejerce la facultad jurisdiccional?

La respuesta es sencilla, solamente en los casos precisos que señala la ley 2094 de 2021, consignados en el artículo 13 ibídem, modificadorio del artículo 92 de la ley 1952 de 2019, en atención a dos factores: orgánico y debido a la calidad del sujeto disciplinable.

Resulta relevante enfatizar en que las competencias las determinan los factores mismos y no la voluntad de quien las ejerce. Por tanto, la competencia de los jueces está definida por unos factores determinados previamente por la ley, en consonancia con el principio de juez natural; de suerte que es a partir del análisis de éstos factores que se establece quién es la autoridad judicial competente.

Como se dijo, en ejercicio de la función jurisdiccional, la competencia de la Procuraduría General de la Nación, está dada por dos factores. El primero es el orgánico, siendo claro que ninguna otra autoridad en el sistema disciplinario colombiano tiene competencias jurisdiccionales, como las tiene la Procuraduría General de la Nación. Por supuesto, dejando de lado el análisis de la situación particular de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, toda vez que ese aspecto involucra un tema diametralmente distinto al analizado.

Y, el otro factor que determina la competencia jurisdiccional de la Procuraduría, en nuestra opinión, es la calidad del sujeto, como cuando se trata de disciplinar a los funcionarios públicos de elección popular. Reiteramos, solamente la calidad del sujeto disciplinable es la que le da la competencia jurisdiccional a la Procuraduría General de la Nación, siendo un factor de competencia claramente definido en la ley y que, de contera, excluye otros criterios de tipo funcional, como el ejercicio del poder preferente y de la facultad de revocatoria directa de los actos disciplinarios.

De la misma manera, este factor de competencia, también opera cuando los sujetos disciplinables, además de los funcionarios de elección popular, son los propios funcionarios de la Procuraduría General de la Nación; de suerte que, al estar precisamente definido por la ley, la función que se ejerce es de naturaleza jurisdiccional.

Adicionalmente, la Procuraduría General de la Nación, porque también está definido claramente en la ley, resulta ser competente para disciplinar particulares, salvo que estos ejerzan las funciones de notario público, por tener un régimen disciplinario especial.

Por otro lado, solamente cuando la Procuraduría disciplina a estas tres categorías de sujetos, ejerce poder jurisdiccional en materia disciplinaria; competencia que resulta ser atribuida de manera precisa y clara por la ley.

Aunque consideramos que la Procuraduría General de la Nación es un órgano de naturaleza muy especial y particular, debemos aceptar que en su génesis se concibió como una autoridad administrativa. Por consiguiente, para que el ejercicio de la función jurisdiccional ejercida por la entidad, se avenga al ordenamiento jurídico superior, es menester que se trate de una atribución particular y excluyente, por lo que no puede ser general, ni abstracta.

En ese sentido, es claro, entonces, que el ejercicio de la función jurisdiccional que desarrolla la Procuraduría General de la Nación, no puede ser considerada como regla general para su actividad, por cuanto que, dada su naturaleza administrativa, no es constitucionalmente viable que asuma competencias generales que no están descritas con precisión en la ley.

Asimismo, el estricto respeto por las competencias que en el marco de sus funciones jurisdiccionales asume la Procuraduría General de la Nación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2094 de 2021, no solamente permite la realización del principio democrático, sino también del debido proceso, en cuanto se refiere a la observancia de las garantías procesales de los disciplinados, quienes claramente podrán elegir las opciones que dentro del ámbito de la ley se les ofrece para lograr el control judicial de los actos emanados en el proceso disciplinario.

Es evidente que la mejor garantía que tiene el ciudadano cuando ha sido sancionado, producto de un proceso disciplinario, radica en la posibilidad de demandar ese acto ante el contencioso administrativo, para que en ejercicio del control de legalidad determine su conformidad frente al ordenamiento jurídico en que debería fundarse. Puesto que, si bien es cierto, los actos disciplinarios de carácter jurisdiccional pueden ser objeto de control mediante el recurso extraordinario de revisión, este medio es excepcional y particularmente complejo, escapando a las posibilidades de acceso con que puede contar un ciudadano del común.

Retomando los aspectos fundamentales de la figura de la revocatoria directa, que como se dijo, para nosotros sigue incólume; debemos decir que ésta continúa cumpliendo con su objetivo misional, puesto que, insistimos, permite a la administración que expidió la decisión, corregir los errores en los que pudo haber incurrido el acto administrativo disciplinario.

El fundamento normativo de la revocatoria directa se halla en los principios del Código General Disciplinario, relativos a la finalidad del proceso disciplinario, cual es la obtención de la verdad material, en clave del principio de la cosa juzgada. Siendo, por tanto, la revocatoria directa, una excepción al fenómeno de la cosa juzgada disciplinaria.

En ese sentido, para terminar esta disertación, presentaremos cuatro ideas principales en relación con la figura de la revocatoria directa de los actos disciplinarios.

1. La primera idea radica en que, efectivamente, en el sistema disciplinario del Código General Disciplinario, existen o coexisten dos sistemas. Uno es el sistema disciplinario general que profiere actos administrativos de contenido disciplinario, que es la regla general, puesto que eso no ha cambiado y, el otro sistema, es la actuación disciplinaria

jurisdiccional, que excepcionalmente, en nuestra opinión, ejerce la Procuraduría General de la Nación en los citados tres casos previstos en el artículo 13 de la ley 2094 de 2021.

La revocatoria directa es propia de los actos que profieren de manera general todas las autoridades que conforman el sistema nacional disciplinario, lo que significa que cohabitan dos sistemas perfectamente identificados, cada cual con sus competencias definidas por el mismo legislador.

A este postulado se suma, que no toda actuación de la Procuraduría General de la Nación, en el marco de un proceso disciplinario, se convierte en jurisdiccional.

2. El ejercicio del poder preferente por parte la Procuraduría General de la Nación, habilita la posibilidad de acudir a la revocatoria directa de ese acto, porque no se trataría de una decisión de contenido jurisdiccional, sino que sería un acto administrativo particular y concreto.

3. Los actos de la Procuraduría General de la Nación, distintos a aquellos emitidos en ejercicio de la competencia señalada en el artículo 13 de la ley 2094 de 2021, son de naturaleza administrativa y, por ende, susceptibles de control judicial, no por la vía del recurso extraordinario de revisión, sino por vía de control ordinario, a través del medio de control de nulidad y del de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de lo que se busque con la acción que se impetre.

4. La revocatoria directa de los actos disciplinarios se sujetan a reglas especiales, distintas a las previstas en el procedimiento administrativo ordinario.

Basta con decir que la revocatoria directa en materia disciplinaria tiene normativa especial, en este caso recogida en el Código General Disciplinario. Por lo que son sus disposiciones las que se aplican y no las normas de revocatoria directa del acto administrativo ordinario.

La institución de la revocatoria directa del acto disciplinario, se regula entonces por reglas especiales y definidas en el Código General Disciplinario, por lo tanto, para su operatividad no se deben tener en cuenta las normas generales que en materia de revocatoria directa trae el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Muchas gracias.