

 **Alejandra Vélez Naranjo**

 Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Valle del Cauca

 Colombia

 alejandra.velez.naranjo@gmail.com

 **Luis Hernando Castillo Restrepo**

 Comisión Seccional de Disciplina Judicial del Valle del Cauca

 Colombia

 luisherca@yahoo.es

Artículo de investigación

Recibido: 9 de mayo de 2022

Aprobado: 11 de octubre de 2022



Obra bajo licencia

Creative Commons

Atribución-NoComercial-

SinDerivadas 4.0 Internacional

Vol. 2, núm. 22, diciembre 2022

ISSN (impreso): 2305-2589

ISSN (en línea): 2676-0827

saberyjusticia@enj.org

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1° DE LA LEY 2094/21, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 2° DEL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO DE COLOMBIA

Unconstitutionality of article 1° of Law 2094/21, that modifies article 2° of the General Disciplinary Code in Colombia

RESUMEN

La Ley 2094 de 2021 consagra la titularidad de la potestad disciplinaria para otorgar funciones jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación (PGN) en el ejercicio de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes son elegidos popularmente y para sancionar a dichos funcionarios con destitución e inhabilidad para el ejercicio de las funciones públicas (Congreso de la República, 2021). Pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un análisis convencional del artículo 23 del Pacto de San José, determinó que esta función les compete a los jueces mediante una sentencia y no a una autoridad administrativa, el legislativo en Colombia le otorgó esta atribución a la PGN, que es un órgano administrativo. En este estudio se analizará la constitucionalidad de los efectos jurídicos de la Ley 2094 de 2021, en ocasión del ejercicio y goce de los derechos políticos y democráticos, cuando se permite por vía de ley sancionar por un órgano administrativo a un servidor público elegido popularmente. En consecuencia, este estudio pretende verificar los límites que imponen las funciones otorgadas por la Ley 2094 de 2021 a la PGN para el goce efectivo de los derechos a la participación democrática y política de los ciudadanos, pero, a la postre, quebranta el principio de separación de poderes.

PALABRAS CLAVES

Derechos políticos; participación democrática; principio de separación de poderes; servidor público elegido popularmente.

ABSTRACT

Law 2094 of 2021 establishes the ownership of the disciplinary power to grant jurisdictional functions to the Office of the Attorney General of the Nation (PGN), in the exercise of superior oversight of the official conduct of those who are popularly elected; to sanction said officials with dismissal and inability to exercise public functions. Despite the fact that the Inter-American Court of Human Rights, in a conventional analysis of article 23 of the Pact of San José, determined that this function falls to the Judges through a sentence and not to an administrative authority, the legislature in Colombia granted this attribution to an administrative body, the PGN. This study will analyze the Constitutionality of the legal effects of Law 2094 of 2021, on the occasion of the exercise and enjoyment of political and democratic rights when it is allowed by law, to sanction a popularly elected public servant by an administrative body. Consequently, this study aims to verify the limits imposed by the functions granted by Law 2094 of 2021 to the PGN, for the effective enjoyment of the rights to democratic and political participation of citizens; but that in the end, breaks the principle of separation of powers.

KEYWORDS

Democratic participation; political rights; popularly elected public servant; principle of separation of powers.

INTRODUCCIÓN

El tema de este artículo es de importancia constitucional toda vez que sintetiza un análisis jurídico de la constitucionalidad de los efectos que generan las funciones otorgadas a la PGN por la Ley 2094 de 2021 respecto a la vigilancia y control de la conducta oficial de los servidores públicos elegidos popularmente.

El propósito de este análisis es dilucidar desde la perspectiva convencional y constitucional la Ley 2094 de 2021, mediante la cual se modificó el artículo 2º de la Ley 1952 de 2019, que entró en vigencia a partir del 29 de marzo de 2022, el cual estableció la titularidad de la potestad disciplinaria a la PGN para otorgar funciones jurisdiccionales en el sentido de facultarle el ejercicio de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas elegidos popularmente. No obstante, dicha atribución se debe confrontar y controvertir de cara a los derechos políticos y democráticos que todo Estado social de derecho garantiza a sus ciudadanos, además de analizar si dicha disposición legal quebranta el principio de división de poderes establecido en la Constitución Política de 1991.

Es por ello que, para determinar los efectos jurídicos sobre los derechos políticos y democráticos derivados de la aplicación de la Ley 2094 de 2021 y la constitucionalidad de la misma, se realizará un análisis dogmático y hermenéutico de las facultades otorgadas a la PGN, aunado a analizar los derechos políticos y democráticos de los colombianos que protege la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Carta Política, estableciendo el contenido y alcance del principio de separación de poderes contemplado en la Constitución Política del 1991. Finalmente, se precisará la posible vulneración de los derechos políticos y democráticos que se derivan de la aplicación de la Ley 2094 de 2021, así como la constitucionalidad de su sanción.

Abordar este análisis constitucional de la Ley 2094 de 2021, de cara a la garantía de los derechos políticos y democráticos, y verificar su inconstitucionalidad dentro del ordenamiento, proporciona a la sociedad las herramientas jurídicas para apelar a principios tan importantes como la dignidad humana, la legalidad, el debido proceso y la igualdad, necesarios para ser invocados por el conglomerado social, en salvaguardia de los derechos constitucionales que son intangibles.

Por último, esta investigación aplica el método cualitativo, a través del análisis dogmático y hermenéutico de instrumentos legales como el Pacto de San José de Costa Rica de 1969; los artículos 23.1º y 2º de los derechos políticos; la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001; el título V “De la organización del Estado” de la Constitución Política de 1991, en lo pertinente a los órganos de control, y el caso Petro vs. Colombia, entre otros.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Es inconstitucional la facultad legal de sancionar a un servidor público de elección popular por la Procuraduría General de la Nación?

Es necesario abordar la interpretación del artículo 2 del CGD, modificado por el artículo 1º de la Ley 2094, para establecer si es una norma inconstitucional.

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y HERMENÉUTICO DE LAS FACULTADES OTORGADAS A LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Según lo consagrado por el artículo 275 de la Constitución de 1991, la PGN es el máximo órgano del Ministerio Público, siendo el procurador general de la Nación el supremo director de esta institución, elegido por el Senado, con base en los candidatos que por terna remite

el presidente de la República, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia para cumplir un periodo de cuatro años (Constitución Política de 1991, 2020).

Creado por la Carta Política como un órgano de control con funciones respecto al control disciplinario y la defensa de los derechos de la sociedad, entre las cuales se encuentra la vigilancia y el cumplimiento de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico; salvaguardar y resguardar los derechos humanos y asegurar su efectividad; defender los intereses de la sociedad y del medio ambiente; velar por el ejercicio pronto y eficaz de las funciones administrativas, y realizar la vigilancia, inspección y control de la conducta oficial de los servidores públicos, así como de los elegidos popularmente (Constitucional, 2015).

Con ocasión de lo anterior, la PGN cumple sus funciones según lo consagra el Decreto Ley 262 de 2000, a través de tres ejes fundamentales: i) preventivo y de control de gestión; ii) defensa de los derechos humanos, de intervención ante autoridades administrativas y judiciales, y iii) disciplinarios, las que pasan a explicarse:

La función preventiva y de control de gestión está orientada a prevenir situaciones que atenten contra el eficaz desarrollo y desenvolvimiento de la función pública, la cual se encuentra signada en el artículo 24 del Decreto Ley 262 de 2000, que establece que la PGN debe velar por intervenir, controlar y propender por el acatamiento de los mandatos establecidos en el ordenamiento jurídico y aquellos que se orienten en disposiciones administrativas y judiciales, así como de las actuaciones diligentes y eficientes de las funciones públicas y de la prestación de los servicios públicos como de su gestión y control, aunado a realizar vigilancia selectiva y preventiva de la contratación estatal y la gestión administrativa.

La función de protección y defensa de los derechos humanos para promover, proteger, conocer y velar, ante las autoridades judiciales y administrativas, el cumplimiento de las normas consagradas en el ordenamiento nacional y de todos los derechos fundamentales que integran el sistema jurídico, así como tramitar las peticiones que hagan referencia a las violaciones de los derechos humanos de los colombianos capturados y procesados por las autoridades extranjeras.

La función disciplinaria atribuida a la PGN consiste en la vigilancia, inspección, control e imposición de sanción de la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas, como también de los servidores públicos de elección popular. Según el artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, las procuradurías delegadas conocen los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de los servidores públicos que tengan rango de secretario general que hagan parte de la rama ejecutiva y legislativa, de los órganos autónomos a nivel nacional, los directores o integrantes de las juntas directivas de los órganos descentralizados a nivel nacional; Ministerio de Hacienda, gobernadores, alcaldes, defensores y personeros; oficiales de la Fuerza Pública; particulares que ejercen función pública, entre otros.

Teniendo en cuenta que el objeto de análisis busca evidenciar por una parte la posible vulneración que surte de la aplicación de la Ley 2094 de 2021, para el ejercicio eficaz de los derechos democráticos y políticos de los ciudadanos colombianos, es preciso profundizar sobre la facultad disciplinaria que ostenta la PGN como órgano de control administrativo. En este sentido, se precisa que dicha entidad ejerce sus funciones disciplinarias a través de la aplicación de la Ley 734 de 2002, actual Código Único Disciplinario (CUD), la cual fue derogada por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019 modificada por el artículo 73 de la Ley 2094 de 2021, ya vigente en Colombia.

El Código Único Disciplinario establecía los principios de competencia, ámbito de aplicación, procedimiento, deberes, derechos, pro-

hibiciones, impedimentos, inhabilidades, conflicto de intereses y destinatarios del Código (Ley 734 de 2002), a fin de llevar la instrucción y juzgamiento de las investigaciones disciplinarias de los servidores públicos, que incurrieran en conductas descritas como faltas disciplinarias, en cuyo caso podían ser sancionados con multa, amonestación, suspensión, inhabilidad y destitución para el ejercicio de la función pública. Una vez entrada en vigor la Ley 2094 de 2021 mediante la cual se reformó la Ley 1952 de 2019, la PGN tendrá facultades jurisdiccionales (2021).

Ahora bien, el artículo 93 de la Constitución Política, que integra por bloque de constitucionalidad la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra en sus numerales 23.1° y 2° los derechos políticos de los ciudadanos y, respecto a este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fijó el alcance del contenido del numeral 2° del artículo 23 de la CADH, con ocasión a la facultad de un órgano administrativo para sancionar a servidores públicos de elección popular, donde es claro en indicar que una autoridad de control administrativo no tiene la competencia para limitar mediante sanción disciplinaria los derechos políticos de los servidores públicos elegidos popularmente.

En efecto, a través de algunas providencias, como el caso de *Castañeda vs. México*¹, *Yatama vs. Nicaragua*² y *Leopoldo López vs. Venezuela*³, la CIDH analizó la responsabilidad de los Estados por la inexistencia de recursos adecuados en su ordenamiento jurídico en amparo de sus intereses y la sanción de inhabilidad del ejercicio de la función pública respecto a los derechos políticos realizada por una autoridad administrativa. Se precisó que “los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana [...] que en conjunto hacen

1 Sentencia del 6 de agosto de 2008.

2 Sentencia del 23 de junio de 2005.

3 Sentencia del 1 de septiembre de 2011.

posible el juego democrático” (Sentencia Caso Castañeda Gutman vs. México, 2008, pp. 41 y 42).

Por ello la regulación y restricción de los derechos políticos por parte de los Estados está limitado por las exigencias establecidas por el derecho internacional, que *per se* son condiciones y requisitos que deben cumplirse para implementarse una limitación a los derechos políticos, como es la legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad de toda medida (Sentencia Caso Yatama vs. Nicaragua, 2005).

Bajo ese entendido, indica la CIDH que una restricción a los derechos políticos a través de una sanción por un órgano administrativo no es un “juez competente” y en todo caso la condena debe ser impuesta en proceso penal, que sería el “juez competente” (Sentencia López Mendoza vs. Venezuela, 2011).

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-111 de 2019, respecto a la constitucionalidad de la expresión “elección” contenida en el artículo 45 de la Ley 734 de 2002, fijó el alcance de la interpretación realizada por la CIDH, con ocasión a la protección brindada por el artículo 23 de la CADH, señalando que el Congreso de la República en Colombia puede otorgarle a la PGN la competencia disciplinaria para imponer sanciones a los servidores públicos elegidos popularmente, aunque este no sea un “juez competente”, siempre y cuando sus decisiones estén ajustados al debido proceso, establecido en el artículo 29 de la CP y el 8º de la CADH. En todo caso, la aplicación del artículo 23 *ibidem* en los casos concretos examinados por la CIDH no puede entenderse para el ordenamiento jurídico del Estado como una aplicación *erga omnes*, sino *inter partes*, esto por cuanto la CIDH ha determinado que la CADH establece unos parámetros de regulación de los derechos políticos y, de acuerdo a ello, le corresponde a cada Estado su regulación de conformidad con el derecho interno de cada nación (2019).

Según lo fijado por la Corte Constitucional, aunque la CIDH estableció el alcance del artículo 23 contenido en el CADH, en casos concretos ventilados ante esta corporación no deben entenderse estos como una decisión vinculante para el ordenamiento jurídico colombiano, sino que esta solo tendrá aplicación a casos concretos que sean expuestos ante este alto Tribunal, pues los Estados, siendo concordantes con lo emanado por la CADH, tienen la autonomía de establecer su propia regulación de acuerdo con su contexto histórico, social, económico y político.

Posterior a este pronunciamiento, la CIDH en el caso *Petro vs. Colombia* verificó que la sanción impuesta por un órgano administrativo al doctor Gustavo Petro Urrego no cumplió con las exigencias establecidas en el artículo 23.2 de la CADH, toda vez que la entidad que impuso la sanción de inhabilidad y destitución no era un “juez competente”, por cuanto las sanciones no se aplicaron en “condena” como consecuencia de un proceso penal (*Caso Petro Urrego vs. Colombia*, 2020).

Vale la pena analizar entonces la importancia de los derechos políticos y democráticos como garantía de participación y representación democrática de los ciudadanos, de los cuales se decanta la toma de decisiones en ámbitos tan importantes como la organización social, política y económica de una nación.

Esta importancia lleva a pensar en que su ejercicio debe ser dinámico y participativo sin limitaciones o restricciones de tipo legal que contradigan instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001, y las garantías establecidas en la Constitución de 1991.

LOS DERECHOS POLÍTICOS Y DEMOCRÁTICOS DE LOS COLOMBIANOS QUE GARANTIZA LA CARTA POLÍTICA

La Constitución de 1991 trajo consigo grandes avances fundamentales para el ejercicio de los derechos democráticos y políticos de todos sus ciudadanos. Se dejó atrás la vieja concepción de que el pueblo solo estaba representado a través de su candidato de elección y desaparecía de la órbita política para que, en su lugar, los ciudadanos pudieran ser miembros activos a través de la participación democrática en ejercicio de los derechos políticos para el control de los escenarios públicos. Este gran avance puede verse consagrados en los artículos 40 y 103 al 106 de la Carta Política de Colombia donde se establecen los derechos políticos y democráticos de los ciudadanos colombianos, con los cuales se reflejan las facultades propias de una democracia participativa y representativa mediante la intervención activa en la esfera pública a través de distintas formas de participación —como es el voto popular—, ser elegido, constituir partidos, tener iniciativa en las instituciones públicas, difundir sus ideas y programas, entre otros derechos del pueblo en ejercicio de su soberanía.

Para hablar de la concepción de estos derechos, es necesario hacer alusión al significado y sentido que ofrece la palabra *democracia*. El *Diccionario de la lengua española* la define como “Sistema político en el cual la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce directamente o por medio de representantes” (Real Academia Española, 2022). Este significado ofrece una dimensión general de lo que puede ser democracia; sin embargo, se requiere interiorizar este concepto a fin de comprender la importancia de lo que su sentido material ofrece e impera.

Bajo ese tamiz, y para ofrecer una idea más amplia de lo que representa la democracia en la órbita de un pueblo, Luigi Ferrajoli, en su obra *Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo* señala que el pueblo es destinatario de los derechos sustan-

ciales y formales contemplados en el ordenamiento jurídico y en este sentido la expresión de los derechos converge en el goce de estos a través de la autonomía privada y pública, es decir que al conglomerado social le pertenece su universalidad y efectiva satisfacción, aunado a que la garantía de su realización le corresponde al Estado a través de los mecanismos adecuados para su efectivización, condiciones necesarias para que impere la expresión de su soberanía, pues una precaria garantía de estos deslegitima el poder del Estado (Ferraoli, 2016).

En virtud de lo anterior, la democracia esta cimentada en la soberanía del Estado, la cual reside en el pueblo y este a su vez goza del ejercicio de todos los derechos fundamentales políticos, civiles y sociales, con mecanismos efectivos para su materialización. Por ello, la importancia de conocer qué es la democracia para un pueblo, pues de ahí se deriva que los ciudadanos ejerzan activamente los derechos que le convergen y en especial los que llevan a la toma de decisiones para la administración, dirección y control de un Gobierno.

Decantado esto, es necesario señalar el valor del contenido y alcance de los derechos políticos y democráticos en la sociedad actual, partiendo de las consideraciones emanadas por la CIDH, trayendo a colación el caso de Yatama vs. Nicaragua, que ofrece una mirada profunda de la importancia que tienen estos derechos tanto para ser ejercidos por la ciudadanía como que el mismo Estado garantice su efectiva realización. Al respecto, señaló que el artículo 23 de la Convención establece los derechos a la participación política de los ciudadanos, en el sentido del manejo de la esfera pública, apuntando que, para el ejercicio de estos, los ciudadanos deben hacer uso de los mecanismos participativos, como el voto popular, ser elegido e interactuar en las funciones del Gobierno, entre otros; derechos que deben ser garantizados por los Estados para su goce efectivo. Es decir, a través de escenarios y medios idóneos para su realización; todo bajo el contexto del “principio de igualdad y no discriminación”. Por

cuanto, una de las formas de ejercer los derechos políticos es la participación política, que a través de ella los ciudadanos pueden participar en diferentes escenarios de la esfera pública de manera conjunta o personal (CIDH, 2018).

Agrega además la mencionada jurisprudencia que para el ejercicio de los derechos políticos es necesario que los ciudadanos de un pueblo elijan su candidato de elección, intervengan en el control político, participen en los asuntos económicos y sociales, entre otros. Esta es una garantía de la que debe gozar cualquier pueblo. Sin embargo, una de las garantías más importantes de un ciudadano es el derecho al voto, ya que constituye una de las formas más significativas en las que se evidencia la democracia y se correlaciona el ejercicio efectivo de la participación política. Claro está, en condiciones de plena libertad e igualdad en relación con quien eligen su representante (CIDH, 2018).

Este aspecto muestra una dimensión relevante del ejercicio y garantía de los derechos políticos al interior de una democracia participativa donde los ciudadanos pueden hacer uso de los derechos a la participación y representación política como una expresión de sus libertades a fin de elegir el candidato de su elección, de quien se espera ejerza su representación ante la toma de decisiones públicas que implique el bien personal, común y general. Estos conllevan a la dirección y control de los asuntos de la organización y administración pública, pero también demarca el compromiso que deben asumir los Estados para que se generen los espacios o escenarios de participación y los mecanismos efectivos para la realización verdadera de los derechos participativos de los ciudadanos. No obstante, debe entenderse que “los derechos políticos no son absolutos” por cuanto los Estados pueden regularlos en su legislación bajo los parámetros establecidos por el derecho internacional (Caso Petro Urrego vs. Colombia, 2020).

Ahora bien, en el ámbito nacional, una concepción significativa de los derechos democráticos y participativos lo ofrece la Sentencia T-263 de 2010, donde se acopia el “Desarrollo constitucional del carácter universal y expansivo del principio democrático en el ámbito de la participación ciudadana”, el cual señala al respecto que el “principio democrático es universal y expansivo”. Bajo este criterio se indicó en la Sentencia C-089 de 1994 que este principio es “universal”, por cuanto impera y abarca distintos escenarios, contextos y ambientes tanto de la esfera pública como privada. Esta concepción comprende que va ligado intrínsecamente con la política, pues la interacción es directa con los ciudadanos y el pueblo, quienes son susceptibles de cualquier decisión que afecte o cambie el escenario civil, económico y social de la nación. Asimismo, este principio es “expansivo” toda vez que su esencia comprende las necesidades de la sociedad a partir de la implementación de políticas democráticas que vayan de la mano con los cambios y exigencias que se generan en la sociedad, pero en un constante avance significativo que incluya todos los escenarios y nuevos ámbitos de interacción, lo que implica que sus representantes tengan el compromiso de garantizar la edificación constante de la democracia (Sentencia T-263/2010).

Se establece en la misma sentencia el deber de las instituciones públicas para “incentivar la participación democrática y no obstaculizar su ejercicio”, trayendo la concepción del principio de la democracia en su carácter expansivo, que abarca la implementación paulatina de los mecanismos de participación en todos los escenarios de la sociedad, pero en un sentido de avance constante, que implica la ejecución gradual de mecanismos que garanticen el acceso a escenarios públicos del poder político, donde el ciudadano pueda verificar su cumplimiento, así como la garantía de su participación en la “toma de decisiones”, lo que demarca que este tipo de condiciones genera más dinámica de retroalimentación con el ciudadano y que este pueda ejercer los derechos y obligaciones de los cuales es destinatario (Sentencia T-263/2010).

Tan importante y trascendental es la democracia para el Estado colombiano que la Carta Democrática Interamericana del 11 de septiembre de 2001 es uno de los instrumentos que promociona, promueve, desarrolla y reconoce la democracia como un factor necesario para la consolidación de la paz y la estabilidad de las naciones de los Estados americanos (Organización de los Estados Americanos, 2001).

Hasta este punto, se ha realizado un análisis de los aspectos significativos y relevantes de la concepción de la democracia en sentido material y como principio universal en la esfera pública nacional y de los derechos que se derivan de ella, como los derechos políticos y civiles, que converge el ejercicio efectivo de la participación y representación política y cómo el Estado debe garantizar los mecanismos y escenarios para el goce pleno de estos.

No obstante, y pese a que la democracia es reconocida como un principio y derecho de garantía universal, procede preguntarse si la aplicación de la Ley 2094 de 2021 vulnera los derechos políticos y democráticos de los servidores públicos elegidos popularmente, así como de los ciudadanos electores. Antes de resolver esta interrogante, se debe pensar si las facultades jurisdiccionales, que el Congreso de la República le otorgó por vía de ley a la PGN para sancionar a los servidores públicos de elección popular, vulneran concretamente el principio de separación de poderes del cual emana la estructura del Estado colombiano; dos cuestionamientos que serán resueltos en principio haciendo acopio del análisis material del principio de separación de poderes imperante en nuestra Carta Política, para finalmente absolver el objetivo de esta investigación.

CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

El principio de separación de poderes es un elemento fundamental en el Estado social de derecho, pues busca que no se concentre el

poder del Estado en un solo órgano estatal, sino que coexista la división del poder en tres órganos estatales, los cuales deben cooperarse armónicamente entre sí para el funcionamiento eficaz de la nación, tal como se expresó en la Sentencia C-246 de 2004, donde la Corte Constitucional con ocasión de la armonía de las ramas del poder concluyó que la dinámica de cooperación entre ellas abarca también las relaciones de control, para evitar la concentración y extralimitación en el ejercicio del poder público (2004).

El artículo 113 de la Constitución de Política de 1991 compila en el principio de separación de poderes una estructura orgánica que permite “la disminución de funciones y la asignación de estas a diferentes órganos, pues no existe una separación absoluta” (Sentencia C-223 de 2019, p. 35). En el mismo se establece la estructura del Estado colombiano, el cual está cimentado en tres ramas de poder público denominados órganos i) legislativo, ii) ejecutivo y ii) judicial. Además de lo anterior, existen los órganos autónomos e independientes, que complementan y garantizan el funcionamiento estructural para los fines propuestos por el Estado.

Se predica entonces que la rama legislativa es la responsable de hacer las leyes en Colombia y ejercer el control político; la rama ejecutiva es la responsable de la administración pública del Estado, y la rama judicial está encargada de administrar justicia en el país. Por último, aunque no constituyen un cuarto poder, se encuentran los órganos de control, que se encargan de vigilar e inspeccionar el buen funcionamiento de estos órganos.

Bajo este entendido, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-236-2004 fijó el alcance del principio de separación de poderes, donde se destaca que este principio es un mecanismo para evitar la arbitrariedad y concentración del poder de legislar, administrar y juzgar en un solo cuerpo público, con el que se procura que, mediante la división de poderes, cada rama garantice con independencia y

autonomía el funcionamiento de los fines del Estado dentro de los límites consagrados por la Constitución, a través de la articulación y el control recíproco entre las ramas de cada poder, según lo establece el artículo 113 de la Carta Política. No obstante, la colaboración armónica no implica que se desconozcan las funciones y competencias de cada órgano estatal, pues cada institución cumple con determinadas funciones dentro de su margen de poder, sin que otro órgano asuma funciones que no le corresponden, con el objetivo de que no se distorsione la estructura fundamental en la que está cimentado el Estado colombiano (Sentencia C-246 de 2004).

Considerado lo anterior, una vez realizado un análisis constitucional de las funciones de la PGN, de los derechos democráticos y políticos de los cuales gozan los ciudadanos colombianos y teniendo en cuenta la importancia del principio de separación de poderes como pilar fundamental de la estructura del Estado, es necesario verificar la competencia que el Congreso de la República le otorgó a la PGN por vía de ley, a través de la sanción de la Ley 2094 de 2021. Asimismo, precisar la posible vulneración que su aplicabilidad puede generar en el ejercicio efectivo de los derechos antes mencionados y como esta puede quebrantar el principio de separación de poderes.

LA POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y DEMOCRÁTICOS DE LOS CIUDADANOS QUE SE SURTE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 2094 DE 2021 Y CÓMO ESTA NORMATIVIDAD QUEBRANTA EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

La Ley 2094 de 2021, que reformó la Ley 1952 de 2019, es el nuevo Código Disciplinario que entró en vigor el 29 de marzo de 2022. A través de esta norma la PGN tendrá la función jurisdiccional de sancionar a servidores públicos elegidos popularmente con inhabilidad y destitución para el ejercicio de las funciones públicas, según lo establece el artículo 2° de este nuevo estatuto deontológico.

Se tiene entonces que la PGN, siendo un órgano administrativo de control, gozará de una función jurisdiccional que le es propia a la rama judicial y también a algunos órganos y personas dentro de los parámetros establecidos en el inciso 3° y 4° del artículo 116 de la Carta Política, pues como bien se decantó en precedencia, al poder judicial le corresponde y compete la función de administrar justicia en Colombia, por cuanto así se estableció en los artículos 116 y 228 de la norma superior.

Partiendo de esta base fundamental, la Carta Política consagró que la PGN cumple con funciones de control definidos en los artículos 117 y 275 al 278, que como bien se dijo, vigila y supervisa que los órganos del poder público cumplan con los fines propuestos por el Estado, a través de las distintas funciones otorgadas por mandato expreso de la Constitución.

No obstante, se puede verificar que, por una parte, el Congreso, a través de la sanción de la Ley 2094 de 2021, le otorgó a la PGN funciones jurisdiccionales, es decir, la potestad para que la PGN asuma el papel de “juez” para el trámite de los asuntos disciplinarios de quienes ejercen funciones públicas, incluso los de elección popular, situación que, por un lado, no guarda congruencia con lo decantado por la CIDH en sus múltiples decisiones cuando da aplicabilidad, alcance y sentido del artículo 23 del CADH, al señalar concretamente que la inhabilidad y destitución de los funcionarios públicos de elección popular solo pueden efectuarse a través de sentencia penal proferida por “juez competente”, que en este caso sería el “juez penal”.

Es decir, de la aplicación del nuevo código disciplinario se surtiría la posible violación de los derechos democráticos y políticos de los ciudadanos colombianos, toda vez que cualquier investigación realizada por la PGN en contra de un servidor público de elección popular y sus posibles sanciones no estarían asumidas por un “juez competente” a través de proceso penal, como se ha decantado en los pronuncia-

mientos de la CIDH y concretamente en el caso *Petro vs. Colombia*, decisiones convencionales que sirven de lineamientos para la protección internacional de los derechos políticos y democráticos contemplados en el artículo 23 de la CADH. O sea, la aplicación de la Ley 2094 de 2021 pondría en peligro los derechos políticos de quienes son destinatarios de este nuevo código, así como los derechos democráticos de aquellos votantes que decidieron ser representados ante la esfera pública por su candidato de elección. Esto se observa en el hecho de que los derechos políticos son derechos humanos protegidos por la CADH, que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Carta Política, derechos que, en efecto, no pueden ser restringidos ni limitados, ni siquiera en estados de excepción, salvo en proceso penal a través de sentencia judicial proferida por “juez competente”. El juez competente de las causas penales en Colombia son los jueces penales no la PGN.

Por otra parte, la aplicabilidad de esta norma desnaturalizaría el principio de separación de poderes y, aunque se sabe que las ramas del poder se deben colaborar armónicamente para cumplir con los fines del Estado, no es menos cierto que, primero, la PGN no hace parte de las ramas de poder público y, segundo, al ser esta entidad de naturaleza administrativa de control con autonomía e independencia, no le compete asumir asuntos de competencia judicial y más si esta es otorgada por el Congreso por vía de ley.

Si bien el Congreso de la República posee como facultad constitucional la libre configuración legislativa, pues excepcionalmente por vía de ley puede atribuirle funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas por mandato del inciso 3º del artículo 116 de la Carta Política, esto es en concordancia con el artículo 24 del Código General del Proceso, que contiene un listado de las diferentes dependencias que ostentan determinadas funciones jurisdiccionales, pero todas estas autoridades públicas hacen parte de la rama ejecutiva del Estado, no así la PGN, como órgano administrativo autónomo e independiente.

Bajo ese entendido, el Congreso, al otorgarle funciones jurisdiccionales a la PGN por vía de ley, no solo le está otorgando una mera competencia a este órgano administrativo de control autónomo e independiente, sino que le está atribuyendo una función judicial que le es propia por mandato constitucional a la rama judicial y a algunas autoridades por mandato de la ley. Si esto es así, la sanción de la Ley 2094 de 2021 es abiertamente inconstitucional por vicio en su tramitación, pues estamos frente a un acto que reforma la constitución, por cuanto se itera. La PGN está diseñada para vigilar y controlar el buen funcionamiento de los órganos de poder con unas funciones específicas consagradas en la Constitución y al revestirlo de una función judicial que le es propia a la rama judicial y a algunos órganos administrativos que dependen del órgano ejecutivo, afecta el mecanismo de pesos y contrapesos diseñado por el Constituyente de 1991, como pilar fundamental de la estructura del Estado. Luego entonces existen en el artículo 374 de la Carta Política los mecanismos previstos para reformar la Constitución, como son el Acto Legislativo vía Congreso de la República, la Asamblea Nacional Constituyente o a través del referendo tal y como se señaló en la Sentencia C-699 de 2016 proferida por la Honorable Corte Constitucional (2016).

Con base a esta reflexión, el nuevo Código General Disciplinario vulnera ostensiblemente los derechos políticos y democráticos de los ciudadanos tanto los derechos participativos como los representativos. Asimismo, el hecho de que el Congreso de la República le haya atribuido funciones jurisdiccionales a la PGN a través de una ley ordinaria se finca abiertamente en inconstitucional, debido a que esta función es un acto que reforma a la Constitución de 1991, pues por su naturaleza la PGN no es un órgano jurisdiccional sino administrativo de control que no administra justicia.

CONSIDERACIÓN FINAL

En este punto del análisis que se viene surtiendo, es necesario indicar que la independencia del derecho disciplinario como variedad del derecho sancionador, en referencia al derecho penal, hace que, por una misma conducta, sea válido que se pueda sancionar sin que ello irroge una vulneración del principio del *non bis in ídem*, no existiendo prejudicialidad como requisito de procedibilidad para incoar la acción, dado que el objeto de protección del derecho penal es distinto al del derecho disciplinario, por cuanto el primero se ocupa de tutelar bienes jurídicos, mientras que el segundo se ocupa de tutelar deberes funcionales que puedan resultar afectados por la conducta del servidor público o particular que ejerza estas funciones públicas, lo que permite que existiendo identidad de sujeto, conducta y supuestos fácticos, por vía jurídica se deriven responsabilidades distintas y la consecuente imposición de sanciones penales y disciplinarias.

Ese carácter independiente del derecho disciplinario respecto del derecho penal es lo que permite que en el caso de que, a un servidor público, hipotéticamente hablando, se le absuelva de la comisión de un delito, sea condenado por la misma conducta si esta tipifica una falta disciplinaria o viceversa, pues se itera. Por el ámbito de protección distinto de estas dos especialidades del derecho sancionador no opera el principio de que no se puede juzgar dos veces por los mismos hechos, además atendiendo que quien juzga disciplinariamente no necesariamente es una autoridad judicial sino administrativa, lo que enfatiza el hecho de que autoridades distintas en ejercicio de competencias específicas, aunque tienen poder sancionador por identidad de causas, sus decisiones no devienen en una doble incriminación.

Ahora bien, la Ley 2094, que modifica la Ley 1952, es clara en establecer la decisión adoptada por la Procuraduría General de la Nación que en sede sancionatoria tiene control judicial por medio de la in-

terposición del control administrativo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lo que indicaría que de todas maneras la sanción impuesta por la entidad administrativa de control a un servidor público de elección popular será en última instancia adoptada por un juez. Esto no resulta ajustado al principio de convencionalidad que irroga la obligación de adoptar como legislación permanente la Convención Americana de los Derechos Humanos, por cuanto la decisión adoptada *prima facie* proviene de un órgano no jurisdiccional y, aunque existe la posibilidad de demandarla ante un órgano judicial, dicho órgano o juez sigue siendo de naturaleza administrativa y no penal, como lo demanda la misma Convención.

CONCLUSIONES

Este ensayo partió de la hipótesis de realizar un análisis constitucional de la Ley 2094 de 2021, de cara a la garantía de los derechos políticos y democráticos del cual se surte violatorio del efectivo ejercicio de estos derechos. Además, dicha disposición legal vulnera concretamente uno de los pilares fundamentales de la Carta Política de 1991, esto es, el principio de división de poderes, lo que permite formular las siguientes conclusiones:

Con el nuevo Código Disciplinario, la PGN pasa de ser un órgano administrativo de control, como está fijado en la Carta Política, a convertirse en un órgano de control judicial, con el riesgo que este órgano administrativo se convierta en una Policía Política, es decir, como un instrumento de persecución respecto de los servidores públicos elegidos popularmente que no hacen parte del Gobierno de turno. Ello significa, que cualquier decisión que surta de la aplicación de esta ley, vulnera sistemáticamente la universalidad de los derechos políticos y democráticos de los ciudadanos, tan protegidos y garantizados por el derecho internacional a través de la CADH. Aunque la misma ley establece que la decisión adoptada por la PGN

tiene control judicial a través de la jurisdicción contenciosa administrativa mediante el ejercicio del medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho, la decisión adoptada no deja de ser judicial, siendo este el punto tratado por la CADH y la interpretación que de ella hace la CIDH cuando se establece de manera clara que la decisión de sanción de un servidor público elegido popularmente debe ser proferida por un juez penal y no por autoridades administrativas, así estas ejerzan permanente o temporalmente funciones judiciales en tal sentido.

Asimismo, el Congreso de la República al otorgarle facultades judiciales a un órgano de control, como la PGN, mediante una ley ordinaria, esta deviene abiertamente inconstitucional por cuanto con esta ley se reforma la Constitución a través de una norma de inferior jerarquía, cuando lo pertinente era que se sancionara a través de un acto legislativo. En efecto, esta norma contiene una desnaturalización de la división tripartita del ejercicio en ramas del poder público, que si bien son independientes entre sí, colaboran armónicamente en el desarrollo y ejecución de los fines del Estado, lo cual quiere decir que, si se le otorga de manera permanente a un órgano de control administrativo, como la PGN, funciones jurisdiccionales para juzgar a servidores públicos elegidos popularmente en sede disciplinaria y sancionarlos, significa transpolar funciones judiciales de carácter permanente y reservado, propias de jueces que integran la rama judicial, a un órgano administrativo.

Finalmente, al ser CADH una norma de valor constitucional en virtud del bloque de constitucionalidad, esta tiene el mismo peso que la Constitución. Por tanto, no se puede afectar su contenido a través de una ley ordinaria, porque ello vulneraría el artículo 93 de la Carta Política y el principio de convencionalidad.

Este principio de convencionalidad implica que los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en materia de derechos

humanos, no susceptibles de suspensión en estados de excepción, tienen el mismo valor o peso que las normas constitucionales que se encuentran determinadas en el cuerpo de la Carta Política, significando con ello que si una ley ordinaria va en contravía de un tratado internacional de esta naturaleza, se estaría contraviniendo la propia constitución, lo que devendría en una clara y abierta inconstitucionalidad de esa ley. ■

REFERENCIAS

Congreso de la República de Colombia (29 de junio de 2021). *Ley 2094 de 2001 por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones*. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=165113

Congreso de la República de Colombia (2020). *Constitución Política de Colombia 2020*. www.procuraduria.gov.co: <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/ejecucion/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Colombia%202020.pdf>

Consejo de Estado (15 de noviembre de 2017). *Sentencia T10010325000201400360 00. Sanción de destitución a servidor elegido popularmente*. Sala Pena de lo Contencioso Administrativo. www.consejodeestado.gov.co

Constitución Política de 1991 (2020). www.procuraduria.gov.co. <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/ejecucion/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Colombia%202020.pdf>

Constitucional, C. P. E. (2015). www.corteconstitucional.gov.co. Obtenido de www.corteconstitucional.gov.co: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55690712/Constitucion_politica_de_Colombia_-_2015

Corte Constitucional (16 de marzo de 2004). *Sentencia C-246*. Expediente D-4829. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-246-04.htm>.

Corte Constitucional (19 de 04 de 2010). *Sentencia T-263/2010*. Expediente T- 2.445.759.

Corte Constitucional (13 de diciembre de 2016). *Sentencia C-699*. Expediente D-11601. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-699-16.htm>.

Corte Constitucional (13 de marzo de 2019). *Sentencia C-111*. Expediente D-12604 /D-12605.

Corte Constitucional (22 de mayo de 2019). *Sentencia C-223*. Expediente D-12552.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de julio de 2020). *Caso Petro Urrego vs. Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Derechos Políticos. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de agosto de 2008). *Sentencia caso Castañeda Gutman vs. México*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/castanedagutman.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1 de septiembre de 2011). *Sentencia caso López Mendoza vs. Venezuela*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/lopezmendoza.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (23 de junio de 2005). *Sentencia caso Yatama vs. Nicaragua*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

elcastellano.org (19 de febrero de 2022). <https://www.elcastellano.org>. <https://www.elcastellano.org/palabra/democracia>

Ferrajoli, L. (2016). *Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo*. Bogotá DC: Universidad Libre. Biblioteca.

Ley 734 de 2002 (2002). www.funcionpublica.gov.co: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4589>

Organización de los Estados Americanos (11 de septiembre de 2001). www.oas.org. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-014/16#:~:text=La%20Carta%20fue%20adoptada%20por,11%20de%20septiembre%20de%202001.&text=Fue%20un%20mandato%20de%20la,de%202001%20en%20Quebec%2C%20Canad%C3%A1.

Real Academia Española (1 de febrero de 2022). <https://dle.rae.es/democracia>

República, C. d. (29 de junio de 2021). www.secretariassenado.gov.co. http://www.secretariassenado.gov.co/senado//basedoc/ley_2094_2021.html

Ruiz, M. A. (2013). *Ferrajoli y la democracia*. Universidad Autónoma de Madrid.