

ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO COLOMBIANO CONTENIDO EN LA LEY 1952 DE 2019, A LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Resumen

El Estado colombiano tiene diferentes facultades para corregir o repeler las irregularidades que se suscitan en el cumplimiento de los fines que la Constitución Política ha consagrado como tales, dentro de las cuales se encuentra el poder disciplinario como un elemento que coadyuva a la preservación de la legalidad dentro de las instituciones públicas al vigilarse las actuaciones de los servidores públicos.

Es así como el procedimiento para investigar las faltas disciplinarias se hacía con fundamento en la Ley 734 de 2002, hasta la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, con la cual se expide el Código General Disciplinario, cuyo objeto es unificar el procedimiento para investigar las actuaciones de los servidores que posiblemente se erigen como faltas.

Así, se han hecho varios pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional respecto de la exequibilidad de la citada disposición y de algunos de sus artículos, los cuales se analizan en el presente artículo para efectos de analizar la adecuación del procedimiento disciplinario contenido en la Ley 1952 de 2019, con los postulados constitucionales durante los años 2019 a 2022.

Abstrac:

The Colombian State has different powers to correct or repel irregularities that arise in compliance with the purposes that the Political Constitution has enshrined as such, among which is disciplinary power as an element that contributes to the preservation of legality. within public institutions by monitoring the actions of public servants.

This is how the procedure to investigate disciplinary offenses was made based on Law 734 of 2002, until the entry into force of Law 1952 of 2019, with which the General Disciplinary Code is issued, whose purpose is to unify the procedure for investigate the actions of the servers that possibly stand as fouls.

Thus, several pronouncements have been made by the Constitutional Court regarding the enforceability of the aforementioned provision and some of its articles, which are analyzed in this article for the purpose of analyzing the adequacy of the disciplinary procedure contained in Law 1952. of 2019, with the constitutional postulates during the years 2019 to 2022.

Palabras claves: presunción de inocencia, legalidad, tipicidad, procedimiento disciplinario, constitucionalidad.

Key words: presumption of innocence, legality, criminality, disciplinary procedure, constitutionality

Introducción

Dentro del contexto jurídico colombiano, las actuaciones de los funcionarios públicos se regulan y controlan de diversas maneras, con la finalidad de que se cumplan los postulados constitucionales y legales que deben orientar toda labor de quienes se encargan de efectivizar los fines del Estado.

Para ello, se buscó la compilación y unificación de las normas sobre derecho disciplinario, profiriéndose la Ley 1952 de 2019, misma que además estableció nuevas bases para regular el proceso disciplinario por faltas cometidas por los servidores públicos que atentarán precisamente contra el interés jurídico y público.

Así las cosas, es importante analizar la adecuación del procedimiento disciplinario colombiano referido en la ley 1952 de 2019 aplicado a partir del comunicado proferido por la Corte Constitucional el 16 de febrero de 2023.

Bajo esas premisas, el problema que se pretende desarrollar en el presente artículo se condensa en el siguiente interrogante: ¿Qué implicaciones jurídicas ha tenido en Colombia el procedimiento disciplinario establecido en Ley 1952 de 2019 a partir del comunicado proferido por la Corte Constitucional el 16 de febrero 2023?

En consideración con lo anterior, la temporalidad del artículo de investigación versa entre los años 2019 y 2023, anualidades entre las cuales fueron proferidas la Ley 1952 de 2019 y el comunicado objeto de referencia de la Corte Constitucional; y, su amplitud, está limitada al ordenamiento jurídico colombiano, esto así, teniendo en cuenta que el objetivo es observar las situaciones jurídicas emanadas de la expedición del comunicado proferido por la Corte Constitucional.

En ese sentido el objetivo general que se abordó fue analizar las implicaciones jurídicas que tiene en Colombia el procedimiento disciplinario establecido en la Ley 1952 de 2019 a partir del comunicado proferido por la Corte Constitucional el 16 de febrero 2023; y, los objetivos específicos: i) identificar el debido proceso en el área del derecho administrativo sancionatorio; examinar la facultad discrecional de la administración y el derecho disciplinario; y, iii) explicar las connotaciones en materia de derecho disciplinario a partir del comunicado de la Corte Constitucional de cara a la Ley 1952 de 2019.

Es de anotar que la investigación se rigió por los principios metodológicos de carácter cualitativo y de tipo jurídico, atendiendo que la fuente de investigación que estructura el contenido del tema es la norma y jurisprudencia constitucional y disciplinaria.

1. Desarrollo temático

1.1.El debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio

Dentro del marco constitucional del Estado Social de Derecho, el debido proceso se erige como un principio y derecho fundamental en el artículo 29, disposición que indica que este derecho se aplica a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, bajo las leyes que

existen previamente y conforme las actuaciones que en ellas se consagran, pudiendo aportar o debatir pruebas, controvertirlas e intervenir activamente en los procesos, incluso mediante apoderado judicial.

Se tiene entonces que siendo la base fundamental de todo proceso, se requiere la precisa observancia y respeto de las garantías propias de este derecho, las cuales son el derecho de defensa y el derecho de contradicción. Así las cosas, se entiende el debido proceso como el conjunto de normas mínimas que protegen a quienes se someten a cualquier proceso, y aseguran una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. la jurisprudencia constitucional ha esgrimido los parametros mínimos del derecho al debido proceso de la siguiente manera,

El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás funciones del estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no este legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia. Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho materia” (Corte Constitucional, Sentencia T-458, 1994).

De las normas constitucionales y de los parámetros jurisprudenciales establecidos es importante recalcar que el debido proceso se encuentra básicamente ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo implicanodo con ello asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos, entratándose de la administración, no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos, aplicándose una costumbre jurídica tendiente a que las formalidades no primen sobre lo sustancial.

Aunado a lo anterior, el derecho al debido proceso, va vinculado a la presunción de inocencia, por lo que de conformidad con los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todas las personas tienen derecho a ser oídas públicamente, con justicia y en condiciones de plena igualdad por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en su contra; asimismo a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Esa norma indica además que no habrá condenas por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran considerados como delictivos según el derecho nacional o internacional, así como tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra en sus artículos 14 y 15 que todas las personas tienen derecho a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un término razonable, lo cual debe darse ante juez competente, independiente e imparcial, para la tramitación de causas penales o en la determinación de derechos y obligaciones civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter; adicional a que debe prevalecer el derecho de que se presuma su inocencia, hasta tanto sea determinada legalmente su culpabilidad, respetándose todas las garantías procesales dentro del principio de la igualdad.

2. La facultad discrecional de la Administración y el derecho disciplinario

Debe advertirse que la aplicación de la facultad discrecional, no es ilimitado y es donde debe aplicarse de manera basta el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas y sin observancia del principio de relatividad, prevaleciendo el derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia.

La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y

ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. “No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa (Corte Constitucional, Sentencia T-458, 1994).

La facultad discrecional entonces no significa que las autoridades administrativas puedan actuar de manera arbitraria, pues debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

3. Generalidades del proceso disciplinario y revisión constitucional de los postulados de la Ley 1925 de 2019.

Toda actuación de un funcionario público, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, debe estar ceñida a la Constitución Política y a la Ley, es decir sus actuaciones siempre deben orientarse a cumplir con la legalidad que inspira el ordenamiento jurídico colombiano, más aún cuando se trata de personas que se encargan del cumplimiento de los fines del Estado, del servicio a la comunidad.

No obstante, debe decirse que pese a que mandatos superiores establecen la legalidad de las actuaciones de los servidores públicos, muchas veces las mismas se ven permeadas por situaciones que atentan contra el interés jurídico y público, constituyéndose en lo que puede conocerse como una falta disciplinaria.

Así las cosas, dentro de los múltiples mecanismos de control, existe el denominado proceso disciplinario, regulado por diversas leyes, que se concretaron en la Ley 1952 de 2019, misma que fue antecedida por la Ley 734 de 2002, reguladora de la acción disciplinaria y su procedimiento.

De lo anterior se colige que es de suma importancia precisar y establecer el desarrollo del procedimiento disciplinario y lo establecido por la Corte Constitucional y por los conceptos de la misma Procuraduría General de la Nación al respecto buscando resolver como se señaló precedentemente, su justedad con esos preceptos legales.

3.1. Conceptos generales

Como bien es sabido, todo proceso requiere el establecimiento bien sea de una petición, queja, reclamo o acción, que generalmente esta en cabeza de quien resulta afectado por hechos desarrollados por determinada persona, por lo que el proceso disciplinario inicia con una queja

Así las cosas, el proceso disciplinario se inicia a través de lo que se conoce como la acción disciplinaria, como acción, puede decirse que no escapa al concepto de la misma, siendo una facultad que está en cabeza del Estado poniendo en funcionamiento el aparato jurisdiccional, buscando indagar con el objeto de descubrir la verdad, impartiendo justicia (Cruz Patiño, 2007). Así las cosas, tal como lo establece la Ley 1952 de 2019, la titularidad de la acción disciplinaria se encuentra en cabeza del Estado.

A partir del presupuesto de que es una acción en sentido general, se puede decir que la acción disciplinaria entonces es, la facultad:

...que la Ley le confiere a la Procuraduría General de la Nación, al Consejo superior de la judicatura y a las oficinas de control interno, o al órgano designado para ello en cada entidad del Estado, para iniciar, adelantar y fallar una investigación o averiguación que se promueve cuando un servidor público, en razón o con ocasión o como consecuencia de su función, cargo o servicio incumple un deber, incurre en un comportamiento o realiza un acto que le está prohibido por la Ley debido a su investidura como empleado estatal (Cruz Patiño, 2007, p. 19).

El proceso disciplinario, se origina bien de oficio o a petición de parte, puede darse por informe de funcionario público o bien por queja presentada por determinada persona, que someta al ente de control una actuación de funcionario público, que presuntamente hay incumplido con sus deberes constitucionales y legales, teniendo que el procedimiento se divide en varias etapas, teniendo la etapa de indagación preliminar, etapa que puede o no darse y de la que depende la investigación disciplinaria, pero el no realizarla, no conlleva al principio de presunción de inocencia (Sánchez Berrera, 2007).

De igual manera, cuando se da lugar a la indagación preliminar, no necesariamente se debe dar apertura a la investigación disciplinaria: *“No se trata de un requisito de procedibilidad, en el sentido de que sólo habrá investigación disciplinaria si ha habido previamente indagación preliminar”* (Sánchez Berrera, 2007, p. 109).

Se tiene como siguiente etapa, la investigación disciplinaria, cuando de la indagación se encuentre mérito suficiente, así como un caudal probatorio que evidencie la posible comisión de la una falta, por lo que se tiene como presupuesto procesal y el caudal probatoria para que se de la apertura de la correspondiente investigación disciplinaria, es que se tenga la certeza de la persona que pudo incurrir en la falta disciplinaria objeto de averiguación, buscando establecer si efectivamente la falta existió o no y bajo que presupuestos. No significa en modo alguno, que el hecho de realizar la apertura de la investigación disciplinaria, en contra de un determinado funcionario público, se vaya a proferir en definitiva un fallo en su contra, pues el proceso disciplinario debe permitir el desarrollo del derecho de defensa y el hecho de que la presunción de inocencia no se desvirtúe hasta que no se demuestre lo contrario.

De allí, puede darse el proferimiento del auto de cargos, en el que debe delimitarse la falta disciplinaria, su intensidad o el archivo de la investigación, indicando la doctrina:

La decisión de archivo puede darse en cualquier momento de la actuación cuando la prueba que obra en el proceso demuestra la existencia de la certeza de la configuración de la causal que sirve de fundamento de la determinación. Al momento de la evaluación de la investigación, el archivo procede por cuanto no se

cuenta con los medios de convicción que sirvan de soporte para la providencia de acusación.

El pliego de cargos, por su parte, es la determinación con fundamento en la cual se inicia la fase del juzgamiento. Es un (sic) pieza fundamental para el proceso, en tanto concreta la imputación jurídico-fáctica enrostrada al investigado. Esta decisión, tiene como presupuesto probatorio la demostración objetiva de la existencia de la falta y la presencia de medios de convicción que comprometan la responsabilidad del investigado (Sánchez Berrio, 2007, p.216).

Es importante precisar, que el derecho sancionatorio surge con el auge de las funciones del Estado y la complejidad de la sociedad, por lo que de cara a que servidores públicos como particulares ejecutaran labores propias del Estado, surgió el derecho disciplinario, con la finalidad de poner en cabeza de las autoridades administrativas un poder sancionatorio, que persigue la garantía del orden jurídico, a través de las sanciones disciplinarias, que buscan dar cumplimiento a decisiones administrativas (Corte Constitucional, Sentencia C-392, 2019) y los fines del Estado, la responsabilidad de los funcionarios públicos al tenor de los artículos 6, 122 y 123 de la Carta Política de Colombia, así como la competencia del Legislador para la regulación de la responsabilidad de las autoridades, efectivizándose la tutela de los principios de la función pública.

Pero esa potestad disciplinaria no puede desligarse de otros preceptos constitucionales, como el principio de legalidad que en materia disciplinaria se concreta en tres aspectos tales como el deber de que haya una ley previa que tipifique una acción como falta, la reserva de la ley y la tipicidad de las infracciones disciplinarias, ésta que determine de manera clara, expresa y de manera inequívoca, con la teleología de menguar la discrecionalidad de la interpretación por parte de la Administración.

Ahora la potestad disciplinaria, difiere de la penal, en el sentido que las leyes definen la falta y conceden mayor amplitud al fallador para adelantar el proceso de adecuación de la conducta en el procedimiento sancionatorio.

3.3. Pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad de la Ley 1952 de 2019

La Corte Constitucional ha analizado la exequibilidad de algunos artículos de la Ley 1952 de 2019, puntualmente pronunciándose sobre la presunción de inocencia y la calificación de las faltas, en ese sentido se ha verificado que el artículo 14 de la citada disposición normativa, en la expresión: “*Durante la actuación disciplinaria toda duda razonable se resolverá a favor del sujeto disciplinable cuando no haya modo de eliminar la responsabilidad*” (Congreso de la República, Ley 1952, 2019).

En cuanto a ese aspecto necesario es precisar que constitucionalmente se pregona la presunción de inocencia tal como se preceptúa en el artículo 29 superior, que permite proteger a una persona de la arbitrariedad estatal, especialmente cuando mediante su poder sancionatorio, que se aplica en los procedimientos administrativos en consideración al bloque de constitucional que también los consagra, como lo es el caso del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales han sido ratificados por Colombia y conllevan a que es el Estado como investigador disciplinario quien tiene la carga de desvirtuar la presunción de inocencia de la persona enjuiciada y no con el aporte de cualquier medio de prueba, sino aquella que se haya obtenido legalmente.

Se exige además que en desarrollo del proceso disciplinario, no se obligue al disciplinado a desvirtuar su inocencia, a tal punto que sus silencios no pueden tomarse como indicios o confesiones de responsabilidad (Corte Constitucional, Sentencia C-599, 1992), debiendo consolidarse un medio de prueba que demuestre sin equívocos la responsabilidad disciplinaria que se endilga, pues al igual que el derecho penal, las dudas razonables se deben resolver a favor del disciplinado, consecuencia que ha sido reconocida por altas cortes en Colombia como el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Radicado 2018270, 2013).

Esa regla general permite excepciones introducidas por el Legislador, lo que se traduce en que se puede invertir la carga presumiendo el dolo o la culpa bajo estrictas condiciones como el hecho de que no se trate de una presunción de responsabilidad y para ello es necesario que el hecho del que se predica la culpabilidad del sujeto, esté debidamente probado. Aunado a ello se deben construirse a partir de la experiencia y razonamiento lógico, no de ficciones y debe obedecer a la tutela efectiva de intereses superiores (Corte Constitucional, Sentencia C-225, 2017), pese a ello, la presunción de inocencia implica la aplicación de una regla inquebrantable, que es toda duda debe resolverse en beneficio del investigado.

Dicho parámetro surgió del análisis de constitucionalidad del artículo 6° de la Ley 200 de 1995, cuyo tenor indicaba que cuando se presentaban dudas en el proceso disciplinario, la misma se resolvería en favor del procesado, declarándose exequible al advertirse que ese precepto propendía por hacer efectiva la presunción a la que se ha hecho mención, pues sólo cuando las pruebas indiquen lo contrario se haría plausible la sanción disciplinaria (Corte Constitucional, Sentencia C-244, 1996).

Ya en el 2002, la Ley 734 consagró puntualmente la presunción de inocencia indicando que al evidenciarse dudas en el caso de la investigación, las mismas favorecerían al disciplinado, lo que es congruente con lo dispuesto en el artículo 128 de la misma Ley en donde se indica que en estos casos la carga de la prueba corresponde al Estado; y a su turno, el artículo 142, preceptuaba que no podría proferirse fallo sin que se encontraran los medios de pruebas que conllevaran a la certeza de la existencia de la falta y por ende la responsabilidad disciplinaria del procesado. En palabras de la Corte Constitucional:

33. En suma, presumir la inocencia de quien está siendo investigado por una autoridad estatal, es una de las garantías constitucionales del derecho fundamental al debido proceso. Esta garantía es aplicable a los procesos judiciales sancionatorios, como el penal y el disciplinario de la jurisdicción disciplinaria y a los procedimientos administrativos que pueden conducir a condenas o a sanciones administrativas, incluidas, entre otras, las sanciones disciplinarias proferidas por autoridades administrativas, como la Procuraduría General de la Nación y las oficinas de control interno disciplinario. De la presunción de

inocencia se derivan, entre otras consecuencias, que corresponde al Estado la carga de probar los elementos de la responsabilidad y, por lo tanto, ante el incumplimiento de dicha carga, por ausencia, contradicción objetiva o insuficiencia de pruebas, la consecuencia natural de presumir la inocencia, consiste en que las dudas razonables deben resolverse en favor del investigado. Esta regla resulta de concluir que no fue posible desvirtuar la presunción de inocencia, porque no se logró llegar a una convicción racional de la responsabilidad, desprovista de dudas razonables, es decir, aquellas que objetivamente surjan del análisis y cotejo de las pruebas obrantes en el expediente. Así, aunque excepcionalmente en materias diferentes a lo disciplinario, resulte.

Colofón de lo anterior, la presunción de la inocencia es primordial al fijar el norte de la investigación disciplinaria porque sólo las pruebas legalmente obtenidas son las que podrán desdibujar tal situación.

Ahora, el artículo 14 de la Ley 1952 de 2019, que condensa el Código General Disciplinario estableció:

El sujeto disciplinable se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación disciplinaria toda duda razonable se resolverá a favor del sujeto disciplinable cuando no haya modo de eliminar la responsabilidad (Congreso de la República, Ley 1952, 2019).

La norma en comento pareciera traslitar lo ya normado por las leyes 200 de 1995 y 734 de 2002, pero a tono con el análisis realizado por la Corte Constitucional (2019), la misma impone la carga de la prueba en cabeza del procesado y aunque dentro del trámite legislativo no se puede identificar la intención del legislador, lo cierto es que si se evidencia en la primera parte la aplicación de la presunción de inocencia pero introduce una reglamentación que ataca ese precepto pues se dice que las dudas, se resuelven a favor del procesado cuando no se desvirtúe su responsabilidad y la presunción de responsabilidad, implica dar por probados los elementos de un fallo sancionatorio (Corte Constitucional, Sentencia C-495, 2019).

Para la colegiatura, la norma demandada es incongruente con los principios que se predicen en el resto del texto normativo, pues como se advierte se presume la responsabilidad del disciplinado, más no su inocencia, yendo en contravía de artículos como el 147, que predica que la responsabilidad de probar la falta disciplinable está en cabeza del Estado quien debe recaudar las pruebas de manera legal y persuasiva, pues de existir duda debe primar la inocencia del procesado y no dar aplicación a la presunción de responsabilidad, lo que va en contravía de lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos.

Así pues la presunción de inocencia, se erige como una base fundante del procedimiento disciplinario, verificando que la Ley 1952 de 2019, ratificó la suspensión provisional como medida a adoptar dentro del proceso disciplinario, analizando esa figura de manera contrastada con los pronunciamientos internacionales.

Se indica pues que la suspensión provisional dentro del procedimiento disciplinario es una medida que puede darse antes del juzgamiento y se puede prorrogar con el fallo definitivo y se condensa en un acto administrativo motivado que puede ser objeto de recurso dentro de la misma actuación como a través de los medios de control del CPACA, procediendo cuando el disciplinado sea un servidor público en ejercicio de un cargo, se imputen además faltas gravísimas o graves y se encuentren elementos de juicio sólidos de los que se infiera que puede interferir en la investigación, que siga cometiendo la falta o reitere la comisión de la misma y propendiendo por el interés general.

Debe precisarse además que la suspensión provisional no es una decisión definitiva ni un indicio que el fallo se va a proferir de manera condenatoria, sino que procede por efectos de proteger el interés general sin que el procesado interfiera en el desarrollo como en la continuidad del proceso.

Dicha decisión ha sido controversial en el marco del Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos, donde se refiere que esa suspensión va en contravía de derechos

fundamentales y políticos, cuando se aplica a funcionarios de elección popular, encontrando que los organismos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, especialmente la Corte Interamericana, dentro de su labor contenciosa, ha efectuado algunos pronunciamientos relevantes en materia de derechos políticos, haciendo una interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente de lo estipulado en su artículo 23 y lo consignado en el artículo 6° de la Carta Democrática Interamericana, advirtiendo que si bien es cierto no hay un sistema o modalidad específica para garantizar la participación y democracia, los Estados pueden regular amplias y diversas actividades para hacerlos efectivos; dentro de los cuales, se incluye, incluso, restricciones de los derechos políticos de los elegidos, como en el caso de Yatama contra Nicaragua (Caso Yatama vs Nicaragua, 2005).

En el citado caso, se realizaron precisiones sobre los derechos políticos indicando que de conformidad con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisando que el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, sin restricciones para quienes popularmente se ubicaron en esas funciones.

Así pues en el caso Castañeda Gutman contra México, en el cual señor Castañeda alegó la violación a sus derechos por cuanto no podía presentarse como candidato presidencial independiente porque la legislación mexicana exigía que fuera presentado por un partido político (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman vs. México, Serie C No. 184, 2008). En ese caso, la Corte destacó:

-“El artículo 23 de la Convención Americana debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma”. “La disposición que señala las causales por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único – a la luz de la Convención en

su conjunto y de sus principios esenciales – evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos”. “La facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana.

Ya en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, la Corte aplicó directamente el artículo 23.2 al resolver si la sanción de inhabilidad impuesta en un proceso disciplinario tramitado por una autoridad administrativa, como la Contraloría de ese país, y la consiguiente imposibilidad de registrar su candidatura para un cargo de elección popular eran compatibles con la Convención. En particular, la Corte se pronunció respecto a las restricciones a los derechos políticos, en este caso, al derecho a ser elegido; y a las garantías judiciales que se debían brindar al ciudadano. En relación con los derechos políticos señaló que una sanción de inhabilidad para acceder a cargos públicos es una restricción a los derechos políticos y de acuerdo con el artículo 23 de la Convención Americana, esto solo es admisible cuando proviene de “condena, por juez competente, en proceso penal” y dado que en este caso, no había ni juez competente, ni condena penal, consideró que la actuación del Estado no se ajustaba a las exigencias del artículo 23 de la Convención. En relación con las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención, la Corte examinó tanto el proceso administrativo como los recursos judiciales que fueron usados posteriormente y determinó que se desconoció en sede administrativa el deber de motivación de las decisiones y, con ello, el derecho a la defensa; así como la previsibilidad del proceso sancionatorio pues el plazo para imponer la sanción es irrazonable. En conclusión la Corte declaró vulnerados los artículos 8.1, 23.1.b y 23.2, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, SC No. 233, 2011)

Corolario de lo anterior, se tiene en el caso que se somete a conocimiento de la Corte que para la jurisprudencia interamericana los derechos políticos convencionalmente protegidos tienen un régimen de restricciones estricto y restringido. Dichas restricciones únicamente pueden tener lugar en los casos señalados de modo explícito por el texto del artículo 23.2 de la Convención, de manera que no son susceptibles de interpretaciones extensivas a nivel interno y menos cuando se

trata de funcionarios elegidos popularmente, pues se desconocería el precedente judicial antes mencionado, por los parámetros allí establecidos, según los cuales solo un juez penal puede decretar sanciones para ejercer cargos públicos luego de que se adelante un procedimiento que incorpore garantías judiciales, tales como la existencia de un recurso judicial efectivo que resuelva las inconformidades con el fallo.

Algunas de las reglas que ha fijado la Corte en esa materia se condensan en que tanto las sanciones administrativas, al igual que las penales, son una expresión del poder punitivo del Estado y que en ocasiones pueden tener una naturaleza similar; que dentro ese poder sólo puede ejercerse cuando sea estrictamente necesario, para proteger los bienes jurídicos de los ataques más graves, que los dañen o los pongan en peligro, por lo que en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las medidas sancionatorias se adopten con estricto respeto de los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita; y, especialmente, que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno de las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención.

Uno de los casos más cercanos a ese escenario en Colombia, es el caso de suspensión del entonces alcalde Gustavo Petro Urrego, que haya decidido la Corte, es el caso de Ricardo Canese vs. Paraguay, en el cual, al señor Canese se siguió un proceso penal que la Corte consideró que había sido vulneratorio de sus derechos a la libertad de expresión y a las garantías del debido proceso. Con base en ese proceso, al señor Canese se le impidió judicialmente la salida del país por más de ocho años. En ese caso la Corte hizo uso del test de verificación de restricciones a derechos para determinar la naturaleza de la medida judicial adoptada en contra del señor Canese (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Serie C No. 111-7, 2011). Particularmente, la Corte se refirió:

- *Requisito de legalidad en una sociedad democrática.* El Estado debe definir de manera precisa y clara mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país. La falta de regulación legal impide la

aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3 de la Convención, así como también impide al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida. No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad.

- *Requisito de necesidad en una sociedad democrática.* Las medidas cautelares que afectan el derecho de circulación del procesado deben tener un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y que se presente alguna de las siguientes circunstancias: peligro de fuga del imputado; peligro de que el imputado obstaculice la investigación; y peligro de que el imputado cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad.
- *Requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática.* La restricción al derecho a salir del país que se imponga en un proceso penal mediante una medida cautelar debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de manera que se aplique solamente si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cruz Patiño, Fernando. “*Derecho disciplinario práctico*” Universidad Cooperativa de Colombia. Bogotá, Colombia, 2007.

Sánchez Berrera, Esiquio Manuel. “*La estructura del proceso disciplinario. Procedimiento ordinario. Lecciones de Derecho Disciplinario*”. Vol. 5. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Instituto Nacional de Derecho Disciplinario. Bogotá, D.C., 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **INFORME N° 25/03** Petición 289/2002 Caso SANTO DOMINGO contra COLOMBIA 6 de marzo de 2003.

Corte Constitucional Sentencia C-430 de 1997. M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONEL.

Corte Constitucional, sentencia C-013 de 2001. M.P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ.

Corte Constitucional, sentencia C-1076 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Corte Constitucional. Sentencia C-036 de 2003. M.P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006, M.P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios. Concepto C-125-2006 del 20 de Abril de 2006. Consulta formula por la Secretaria General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga.

Procurador General de la Nación. Radicación: 119-04 SIAF 185720 (V-222/05). Trámite: Providencia del 19 de Abril de 2006, por la cual se revoca directamente un fallo sancionatorio.

Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria. Radicación: 161-3123 020-127952/02.

Decisión del 27 de junio de 2006, por la cual se niega una solicitud de nulidad. Aprobada en Acta de Sala Extraordinaria No. 32.

Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria. Radicación: 161-02636 (014-111583).

Decisión del 16 de mayo de 2005, por la cual se confirma una suspensión provisional. Aprobada en Acta de Sala Extraordinaria No. 17

Corte Constitucional, Sentencia C-599, 1992)

Consejo de Estado, Sección 2, sentencia del 7 de noviembre de 2013, Wilson Elayner García contra Policía Nacional, rad. 2018270, exp. 11001-03-25-000-2011-00181-00 (0623-11)

Corte Constitucional, Sentencia C-225, 2017

Congreso de la República, Ley 1952, 2019

Corte Constitucional, Sentencia C-495, 2019

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Mendoza Vs. Venezuela, Sentencia Serie C No. 233, septiembre 1 de 2011,

http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Serie C No. 111-7, 2011

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Castañeda Gutman Vs. México, Serie C No. 184
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf