

Enfoque constitucional de la facultad sancionadora del Estado frente a cargos de elección popular

Constitutive period of the facultad sancionadora del estado frente a cargos de elección popular

Álvaro Antonio Jaramillo Barceló
Jame Camilo Bermejo Galán

Como citar y referenciar: Jaramillo, A. & Bermejo, J. (2019). Enfoque constitucional de la facultad sancionadora del estado frente a cargos de elección popular. En Rodríguez-Serpa, F (Ed). *Dialéctica constitucional* (pp.93-121), Barranquilla, Colombia. Ediciones Universidad Simón Bolívar.

RESUMEN

El presente trabajo se propone como objetivo identificar si existe un desconocimiento de los derechos políticos de los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular sancionados por la Procuraduría General de la Nación; lo anterior en el entendido que el ordenamiento jurídico colombiano institucionalizó el derecho disciplinario como una rama del derecho administrativo y expresión del poder punitivo cuya finalidad era corregir el comportamiento ético de los funcionarios estatales; esto motivado en una necesidad de preservar el deber ser de la función pública; sin embargo muchas de las sanciones tipificadas para este emprendimiento entran en tensión con los derechos políticos del empleado sancionado y de terceros, como lo son la destitución y la inhabilidad, esto ha generado un debate jurisprudencial y doctrinario puesto muchos consideran que esta facultad entra en contraposición a los postulados del derecho internacional público y representan un abuso y extralimitación de la operancia de este ente, circunstancia que genera como consecuencia lesión sobre los derechos de los sancionados a elegir y ser elegido, siendo necesario que la academia se pronuncie para generar propuestas que permitan comprender y en lo posible solucionar el descrito debate.

Palabras clave: derechos políticos, sanción, extralimitación, función pública.

ABSTRACT

The present work aims to identify if there is a lack of knowledge of the political rights of public officials elected by popular vote sanctioned by the attorney general of the nation, the foregoing in the understanding that the Colombian legal system institutionalized disciplinary law as a branch administrative law and expression of punitive power whose purpose was to correct the ethical behavior of state officials, this motivated by a need to preserve the duty of the public function, however many of the sanctions typified for this venture come into tension with the political rights of the sanctioned employee and third parties, such as dismissal and disability, this has generated a jurisprudential and doctrinal debate since many consider that this faculty is in opposition to the postulates of public international law and represent an abuse and overreaching on of this entity's operation, a circumstance that results in injury to the rights of those sanctioned to elect and be elected, and it is necessary for the academy to pronounce itself to generate proposals that allow understanding and, as far as possible, solving the described debate.

Key words: political rights, sanction, extra limitation, public function.

INTRODUCCIÓN

Colombia es un Estado Social de Derecho, esto quiere decir que la finalidad de las autoridades públicas es velar por la salvaguarda de los derechos, libertades, necesidades e intereses de la comunidad, siendo esta la razón de ser de las entidades públicas; uno de los principios fundantes del Estado colombiano es la democracia y esta establece que el pueblo debe ser el director de las políticas que se desprenden del poder oficial, a tal efecto se puede confirmar que la democracia es uno de los elementos más importantes del ordenamiento jurídico colombiano y esta se manifiesta o expresa mediante la institucionalización de múltiples derechos y mecanismos de participación, como lo es el derecho a elegir y ser elegido efectuado mediante el voto popular.

Por otro lado el derecho disciplinario es una rama del derecho administrativo y expresión del *ius puniendi* o poder punitivo del Estado, cuya finalidad es sancionar mediante la imposición de un reproche ético la conducta oficial de los empleados del Estado, cuando esta se aleje o desvíe de los postulados que definen la función pública, explicado de otra manera la finalidad del derecho sancionador es corregir éticamente el comportamiento oficial de los funcionarios públicos; en la actualidad ha surgido un debate doctrinario y jurisprudencial que gira en establecer hasta qué punto es admisible el ejercicio del derecho disciplinario, puesto que la Procuraduría General de la Nación ha sancionado mediante destitución e inhabilitación a funcionarios elegidos democráticamente; expuesto esto resultará necesario responder en el desarrollo del presente trabajo ¿es posible que exista un desconocimiento de los derechos políticos de los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular sancionados por la Procuraduría General de la Nación?

Muchos consideran que este tipo de sanciones aplicables a funcionarios selectos mediante el voto popular representan una extralimitación y

abuso de la posición dominante de esta entidad y resulta contradictoria a los postulados del derecho interamericano de derechos humanos que indica que este tipo de empleados solo pueden ser destituidos mediante sentencia judicial de tipo penal; sin embargo la jurisprudencia se ha manifestado indicando que no existe ninguna clase de fuero disciplinario por parte de empleados elegidos mediante voto popular y que en efecto estos sí son destinatarios del derecho disciplinario.

Por lo tanto el problema jurídico planteado en el presente documento y la investigación que lo antecede constituye una tensión o enfrentamiento entre el derecho disciplinario y su rol como protector de la función pública contra el derecho a elegir y ser elegido expresión de la democracia, siendo necesario que en el debate académico a realizar se equilibren las posturas contrarias y se generen propuestas objetivas que permitan una mayor y mejor entendimiento y solución de la problemática.

Expuesto esto el presente trabajo se propone como objetivo identificar, si existe un desconocimiento de los derechos políticos de los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular, sancionados por la Procuraduría General de la Nación, y este cometido será logrado obedeciendo a la presente estructura:

Primero que todo se conceptualizará y se resaltaré la importancia del derecho disciplinario y su relación con los contenidos de la función pública, seguido de esto se analizará el concepto de democracia y los derechos que se desprenden del mismo en el interior del ordenamiento jurídico colombiano y finalmente se identificará la tensión existente entre el ejercicio de la potestad disciplinaria y el derecho a elegir y ser elegido cuando se sancionan a los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular y las posturas jurisprudenciales y doctrinarias frente a este conflicto jurídico.

1. EL DERECHO DISCIPLINARIO COMO SALVAGUARDA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El derecho disciplinario es una rama del derecho administrativo que se desprende del *ius puniendi* o facultad punitiva del Estado, cuya finalidad es formular un reproche ético a los funcionarios públicos cuyos actos resultan contrarios al deber ser de la función pública; para este fin el Congreso de la República tipificó una serie de comportamientos prohibidos que ameritan la imposición de estas sanciones.

Es importante resaltar que el derecho disciplinario o derecho sancionador se fundamenta en una necesidad de proteger la esencia de la función pública de actos desempeñados por los servidores estatales que resulten contrarias a los postulados, valores y principios que moldean la misma, constitucionalmente la función pública es definida por la Carta Magna de la siguiente manera:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (Asamblea Constituyente, 1991)

A tal efecto se puede establecer que la función pública es el conjunto de funcionarios que componen el recurso humano que labora en el interior de las autoridades estatales, los cuales están sometidos a un régimen jurídico especial que determina su comportamiento y así mismo a la configuración de diferentes tipos de responsabilidad como consecuencia

de la comisión de actos debidamente tipificados que se consideran contrarios a la esencia de su investidura.

Es importante resaltar que los fines sociales del Estado cumplen un rol importante en lo que respecta determinar el deber ser de los funcionarios públicos, puesto estos son de obligatorio cumplimiento no solo para las autoridades, sino también para sus empleados y se hallan consagrados en la Constitución política de la siguiente manera:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Asamblea constituyente, 1991)

Con fundamento en esto se puede establecer que todo acto efectuado por las entidades públicas y los empleados que las conforman es válido siempre y cuando se desprenda o tenga origen en los fines sociales del Estado.

Complementario a lo plasmado por la constitucionalidad, así mismo la jurisprudencia nacional ha expedido diferentes pronunciamientos destinados a conceptualizar la función pública, siendo esta definida en Sentencia de radicado C-037 del año 2003 que manifiesta lo siguiente

La noción de función pública atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. (Corte constitucional, 2003)

Es importante la forma como la providencia resalta no solo la especial relación entre la función pública y los fines sociales del Estado, sino así mismo identificar que la misma hace referencia al conjunto de actuaciones desplegadas por el recurso humano que conforma las autoridades públicas.

Siguiendo con esta línea de pensamiento la Sentencia de radicado C-028 del año 2006 expedida por la misma corporación judicial afirma al respecto lo siguiente

La función pública, entendida esta como el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines (Corte constitucional, 2006)

Es reiterativo el planteamiento que establece que la función pública se justifica o fundamenta en la necesidad de materializar los fines sociales del Estado y para este objetivo resulta necesario y obligatorio que las autoridades públicas gocen de un recurso humano capaz y suficiente de emprender las tareas que se desprenden de estos objetivos.

A tal efecto partiendo del hecho de que la función pública persigue la materialización de importantes tareas, objetivos y finalidades que nacen de la institucionalidad y considerando que los funcionarios públicos gozan de una especial investidura para el ejercicio de sus funciones, resulta más que necesario que estos se hallen sometidos a un tipo especial de responsabilidad que proteja que los empleados públicos sean destinatarios de especiales tipos de responsabilidad que reprochen sus fallas, siendo el derecho disciplinario una jurisdicción destinada a imponer un reproche de tipo ético a las omisiones y extralimitaciones efectuadas por los empleados oficiales.

El derecho disciplinario se justifica en el mandato constitucional que establece que los empleados del Estado son destinatarios de tipos especiales de responsabilidad, plasmando la Carta Magna lo siguiente “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Asamblea constituyente, 1991) A tal efecto se puede confirmar que dada la investidura que ostentan los empleados públicos como consecuencia de la función y rol que desempeñan, a estos se les exige un comportamiento superior, por lo tanto las conductas que contradigan este mandato requieren la imposición de un reproche especial.

Con fundamento en esto se puede confirmar que la norma le exige a los funcionarios públicos un comportamiento especial y acorde con el decoro que su función, identificando el código disciplinario único los valores y principios que deben de regir este cometido de la siguiente manera:

El sujeto disciplinable, para 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, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes. (Congreso de la República, 2002)

Con base en esto se logra confirmar que los empleados estatales son reflejo del deber ser de la institucionalidad y que por lo tanto las desviaciones en su comportamiento requieren un reproche de tipo ético cuya finalidad es corregir estas conductas; el mismo código posteriormente define la falta disciplinaria de la siguiente manera:

Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento” (Congreso de la República, 2002)

Con base en esto se puede afirmar que la comisión de cualquiera de las conductas debidamente tipificadas por la legislación disciplinaria genera como consecuencia la imposición de sanciones de tipo ético como forma de reproche al comportamiento del empleado público.

Complementario a lo plasmado por la legislación nacional, así mismo la jurisprudencia ha expedido una serie de sentencias destinadas a conceptualizar y definir diferentes aspectos del derecho disciplinario, siendo este definido en providencia de Radicado C-315 del año 2012 expedida por la Honorable corte Constitucional Colombiana que manifiesta lo siguiente:

El derecho disciplinario ha sido entendido como un conjunto de principios y de normas jurídicas conforme a las cuales se ejerce la potestad sancionadora del Estado con respecto a los servidores públicos no solo por infracción de la Constitución, de la ley o el reglamento, sino también, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, en orden a hacer efectivos los mandatos que regulan el ejercicio de la función pública. (Corte Constitucional, 2012)

Es importante la forma como la providencia establece que la finalidad elemental del derecho disciplinario es velar por el mantenimiento del deber ser de la función pública, mediante la identificación y sanción de comportamientos efectuados por los empleados estatales que se consideren contrarios a los valores sobre los cuales se funda la institucionalidad, la misma providencia posteriormente complementa lo siguiente

La Corte ha precisado, que el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cual sea el órgano o la rama a la que pertenezcan, pues se trata de fijar las condiciones mínimas para que la actividad desarrollada por el Estado se preste de manera eficiente, motivo por el cual la consagración en un ordenamiento jurídico especial de las reglas y sanciones, no solamente constituye un derecho sino un deber del Estado. (Corte Constitucional, 2012)

Es importante la forma como la jurisprudencia establece que el derecho disciplinario impone un comportamiento adecuado y exigente a los empleados del Estado, de manera que este se ajuste al deber ser de la función pública y en su defecto se configuraría la imposición de sanciones destinadas a corregir esta desviación.

Resulta evidente y reiterativo el planteamiento que establece que la finalidad del derecho disciplinario es proteger la función pública, mediante la identificación y sanción de conductas que no se ajustan al comportamiento que se espera de un empleado estatal, este tema es abordado en Sentencia de radicado C-181 del año 2002 expedida por la Honorable Corte Constitucional colombiana expresa lo siguiente:

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho disciplinario es una rama esencial al funcionamiento del Estado

enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas. (Corte Constitucional, 2002)

La sentencia establece que el objetivo del derecho disciplinario es corregir el comportamiento de los empleados del Estado, mediante la imposición de sanciones cuya finalidad es reprochar la perpetración de actos contrarios a la esencia de la función pública.

Es necesario aclarar que si bien tanto el derecho disciplinario como el derecho penal se desprenden del *ius puniendi*, dada la necesidad y obligatoriedad del Estado social de derecho colombiano para imponer diferentes tipo de sanciones con el objetivo de proteger el desarrollo social e institucional, ambas legislaciones y jurisdicciones se diferencian ampliamente, puesto el derecho penal realiza un juicio de reproche de tipo criminal, mientras que el derecho disciplinario ejerce un reproche ético destinado corregir el comportamiento oficial de los empleados públicos, esta diferenciación es tratada en Sentencia de radicado C-028 del año 2006 expedida por la misma corporación que manifiesta lo siguiente:

El ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del *ius puniendi* estatal, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad. (Corte constitucional, 2006)

Resulta importante la manera como la Corte define de forma clara y específica la finalidad y objetivo perseguido por el derecho disciplinario y relaciona, identifica y conecta las nociones de función pública, función administrada y derecho sancionador, siendo este el soporte que justifica la existencia de la legislación disciplinaria.

El presente capítulo concluye estableciendo que el derecho disciplinario es una importante jurisdicción en el interior de la legislación nacional cuya finalidad es proteger el deber ser de la función pública, adaptando esta a las exigencias de la función administrativa; esto mediante la identificación y posterior sanción de comportamientos que representan una desviación de la operancia de los empleados estatales y representan un riesgo para la institucionalidad.

2. LA IMPORTANCIA DE LA DEMOCRACIA PLURALISTA Y PARTICIPATIVA EN EL INTERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Uno de los debates más importantes desplegados por la doctrina y la jurisprudencia nacional, gira en torno en identificar si las autoridades disciplinarias encabezadas por la Procuraduría General de la Nación mediante la expedición de acto administrativo, pueden limitar el derecho a elegir y ser elegidos de los funcionarios públicos que acceden a su cargo mediante voto popular.

Este debate se ha efectuado mediante la extrapolarización de dos tesis elementales, siendo la primera aquella que establece que un funcionario elegido de forma directa no puede mediante acto administrativo desautorizar la voluntad popular ejercida mediante el sufragio universal, esta tesis entra en tensión con el planteamiento que manifiesta que haber sido elegido mediante voto popular no es una circunstancia que impida que las autoridades disciplinarias ejerzan sus funciones frente a estos funcionarios, puesto el carácter de empleado público elegido de forma

democrática no debe de ser entendido como una especie de blindaje a la potestad sancionatoria del Estado.

Por lo tanto para una mayor comprensión de esta problemática o conflicto jurídico resulta necesario identificar la importancia de la democracia en el interior del Estado Social de Derecho colombiano, conceptualizando la misma, sus elementos y finalidades.

La democracia es un histórico valor filosófico, jurídico y político, que así mismo se constituye como un sistema de gobierno y principio fundante de la institucionalidad, cuya finalidad es hacer al pueblo partícipe de los designios políticos y jurídicos que determinan el destino de una sociedad, sea mediante la elección de funcionarios públicos elegidos mediante voto popular para representar los intereses comunitarios o mediante el ejercicio de mecanismos de participación ciudadana.

Con la promulgación de la Constitución Política del año 1991 el Estado colombiano se redefinió como Estado Social de Derecho, lo cual establecía que la satisfacción de los derechos, necesidades y libertades de la comunidad representaban la razón de ser de la institucionalidad, así mismo este se erigió como democrático, pluralista y participativo lo cual le otorgaba herramientas a la comunidad para determinar las políticas públicas de las autoridades, el primer encuentro del ordenamiento jurídico con el espíritu democrático se halla consagrado en la constitución política de Colombia, que en su capítulo primero expone lo siguiente

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Asamblea Constituyente, 1991)

Es importante resaltar que este artículo identifica los principios fundantes del Estado y los valores que regirán el resto del ordenamiento jurídico resaltando el carácter democrático y social de la constitucionalidad.

Sin embargo este postulado es confirmado posteriormente cuando se impone la democracia como sistema de gobierno y se le otorgan al pueblos herramientas para el ejercicio de la misma, plasmando la Carta Magna lo siguiente “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (Asamblea constituyente, 1991) de esta forma se confirma que la totalidad de actuaciones desplegadas por la institucionalidad son válidas siempre y cuando tengan como objetivo lograr el bienestar de la comunidad y cuando son autenticadas y autorizadas directa o indirectamente por la sociedad.

Complementario a lo plasmado por la constitucionalidad, así mismo la jurisprudencia nacional ha desplegado una línea de sentencias destinadas a explicar la esencia de la democracia y su aplicabilidad en el interior del Estado Social de Derecho colombiano, en Sentencia de radicado C-021 del año 1996 expedida por la honorable Corte Constitucional colombiana, esta corporación judicial analiza el concepto de democracia participativa indicando lo siguiente:

La democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad

plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio. (Corte Constitucional, 1996)

Es importante la forma como la Corte Constitucional establece que la democracia participativa otorga herramientas a la comunidad para participar en la toma de decisiones en lo referente a aspectos relativos a la institucionalidad y el destino político de la sociedad, siendo un valor que impone límites a la actividad de las entidades públicas puesto estas deben de estar orientadas a cumplir la voluntad general.

Es importante resaltar que el Estado Social de Derecho colombiano no acoge una noción de democracia liberal, en la cual las mayorías tienen control absoluto en la toma de decisiones en el interior del sector público, sino que así mismo esta democracia participativa se reputa pluralista en el entendido que todos los ciudadanos y sectores sociales tienen el derecho y la facultad de participar de los debates relativos al ejercicio del poder público, respecto a esto la Sentencia de radicado C-141 del año 2010 expedida por la misma corporación, afirma lo siguiente:

La noción de pueblo que acompaña la concepción de democracia liberal constitucional no puede ser ajena a la noción de pluralismo e implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales. El pueblo de tan heterogénea composición al escoger un modelo de democracia constitucional acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad. Por ello, en los estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad. (Corte Constitucional, 2010)

A tal efecto se puede establecer que los designios que nacen del poder público deben de representar la totalidad de opiniones e intereses de la comunidad, de manera que ningún ciudadano sea excluido de los debates referentes al ejercicio de la voluntad institucional, resulta más que evidente que la democracia tiene como objetivo y finalidad dar herramientas de participación ciudadana a los ciudadanos de manera que la construcción de las políticas públicas sea un ejercicio dinámico que reúna múltiples posturas sociales para su formación, en Sentencia de radicado C-150 del año 2015 expedida por la misma corporación se define la democracia y se resalta el rol que cumple esta en el interior del Estado, manifestándose lo siguiente:

La democracia en tanto eje axial del sistema jurídico colombiano así como los conceptos que usualmente se encuentran asociados a ella como soberanía, pueblo, participación y representación son empleados en la Constitución con varios propósitos, plenamente articulados con las implicaciones antes referidas. En efecto, tales categorías son incorporadas en la Carta Política para establecer la fundamentación del poder político ejercido por los diferentes órganos, para reconocer y tutelar los derechos de participación de los individuos y la sociedad en la conformación y control del poder político e imponer deberes de respeto y protección al Estado y a los particulares y para definir la forma en que tal poder opera democráticamente y los ámbitos en los que su aplicación puede exigirse. (Corte Constitucional, 2015)

Es importante la forma como la jurisprudencia establece que la voluntad del constituyente fue entrelazar múltiples conceptos que permitieran que el pueblo tuviera una amplia participación en la adopción de decisiones susceptibles de afectar el destino de la sociedad, de forma que el ejercicio del poder público fuera reflejo de la voluntad de las masas.

A título de conclusión se puede establecer que la democracia es un importante elemento en el interior del Estado Social de Derecho colombiano, cuya finalidad es promover una construcción del poder público altamente participativa y en la cual el pueblo o la comunidad tenga injerencia para determinar el destino de las políticas públicas.

3. LA TENSION ENTRE EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO ANTE SANCIONES IMPUESTAS A FUNCIONARIOS ELECTOS MEDIANTE VOTO POPULAR

Uno de los debates más importantes en lo referente al alcance del derecho disciplinario colombiano gira en torno a la posibilidad de la Procuraduría General de la Nación de sancionar éticamente a funcionarios elegidos mediante sufragio universal, este debate se agrava dado el carácter altamente agresivo de algunas sanciones disciplinarias, susceptibles de limitar el ejercicio de derechos fundamentales como son el de elegir y ser elegido y acceso a cargos públicos.

A tal efecto el presente debate representa un enfrentamiento entre el principio de la democracia y los derechos constitucionales que se desprenden de este valor jurídico y el poder punitivo y su obligación de proteger a la sociedad mediante el reproche a comportamiento de empleados públicos que no se ajustan al deber ser de la función pública.

Para abordar el presente conflicto jurídico resulta importante destacar que el voto popular es una de las expresiones más importantes de la democracia pluralista y participativa y este engloba la posibilidad de la totalidad de los ciudadanos de participar en el proceso de elección de funcionarios para representarlos ante determinadas autoridades públicas; es posicionado como un mecanismo de participación ciudadana mediante la Constitución Política de Colombia que manifiesta lo siguiente:

“Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará” (Asamblea constituyente, 1991) es importante resaltar que el voto popular es el mecanismo de participación ciudadana y expresión democrática por excelencia, puesto este engloba la posibilidad de que el pueblo de forma directa elija sus gobernantes y representantes; posteriormente la misma normatividad conceptualiza el voto de la siguiente manera:

El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. (Asamblea Constituyente, 1991)

Resulta importante la forma como la constitucionalidad destaca que el voto popular en un derecho y una obligación de todo ciudadano, puesto esta facultad no puede ser negada a ninguna persona y así mismo cada individuo se halla obligado a ejercer el mismo y participar activamente en las elecciones que definen la vida política de su país.

Jurisprudencialmente en Sentencia de radicado T-473 del año 2003 la honorable Corte Constitucional colombiana resalta la importancia del voto popular en el Estado Social de Derecho colombiano y lo posiciona como la manifestación democrática por excelencia, afirmando la providencia lo siguiente

El derecho al voto es una clara manifestación de la libertad de expresión en materia política, al tiempo que se le considera

como un deber cívico inspirado en el principio de solidaridad. En ese sentido se advierte que el sufragio es un deber ciudadano que forma parte de aquel deber más amplio de contribuir a la organización, regulación y control democrático del Estado. Pero de igual manera, es un derecho, que le permite participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, en virtud de lo cual puede elegir y ser elegido. (Corte Constitucional, 2003)

De esta forma se confirma que el derecho al voto es una de las expresiones de la democracia participativa del Estado Social de Derecho colombiano, puesto es la forma como el Estado institucionaliza la selección de los funcionarios de más alto rango que decidirán el destino de la Nación, en lo que respecta su rol como la expresión más importante de la democracia; es importante resaltar que el voto es el mecanismo por medio del cual se materializa el derecho de los ciudadanos a elegir y ser elegido, el cual se halla posicionado por la Carta Magna como una importante facultad ciudadana definida así:

“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos” (Asamblea constituyente, 1991) el derecho a elegir y ser elegido es una facultad ciudadana con efectos democráticos que permite que las personas puedan seleccionar los funcionarios que consideren más idóneos para el desempeño de determinados altos cargos y funciones de la institucionalidad y así mismo la totalidad de los ciudadanos pueden aspirar a representar a los otros accediendo a estos cargos.

Habiéndose explicado la importancia del valor y principio democrático en el interior del Estado Social de Derecho colombiano y considerando que el voto es la expresión más pura de la democracia, por medio del cual

los ciudadanos ejercen su derecho a elegir y ser elegido, es importante identificar hasta qué punto es admisible que la Procuraduría General de la Nación en su calidad de entidad administrativa y sin ningún tipo de control judicial limite mediante la imposición de inhabilidades y destituciones los derechos de funcionarios públicos elegidos mediante sufragio universal.

Es importante resaltar que la potestad sancionatoria del Estado es ejercida mediante la Procuraduría General de la Nación mediante la expedición de actos administrativo por medio de los cuales se pueden destituir e inhabilitar todo tipo de funcionarios públicos incluidos los de elección popular, esto en aparente contraposición a lo plasmado por la convención americana de derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica que expresa lo siguiente:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (OEA, 1977)

Quienes se oponen al ejercicio de facultades disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación capaces de limitar el ejercicio de derechos políticos a funcionarios elegidos mediante voto popular, afirman que producto de la interpretación del mencionado mandato internacional,

estos derechos solo pueden ser limitados por orden de autoridad judicial en este caso producto de investigaciones de tipo criminal.

Sin embargo la Corte Constitucional en análisis del mencionado conflicto ha expresado que el hecho de que la Procuraduría General de la República pueda ejercer esta potestad sobre funcionarios elegidos democráticamente, no contradice lo plasmado en el mencionado artículo de la convención, expresando este postulado en providencia de Radicado SU712 del año 2013 que afirma lo siguiente:

A partir de una interpretación armónica de las normas constitucionales con los instrumentos que se integran a ella en virtud del bloque de constitucionalidad, la Corte concluyó que las competencias disciplinarias y sancionatorias del Procurador General de la Nación no desconocen el artículo 93 de la Constitución, ni el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado. (Corte Constitucional, 2013)

A tal efecto el argumento de la mencionada sentencia es afirmar que el sistema interamericano de derechos humanos otorga a los Estados la facultad de regular como debe de ser interpretada la Convención en su mencionado territorio y regular aspectos internos que le competen solo a la norma interna.

La misma sentencia posteriormente confirma que el Procurador General de la Nación sí resulta competente para sancionar disciplinariamente a funcionarios elegidos mediante voto popular expresando la sentencia lo siguiente

La Corte no desconoce que el control disciplinario de los Congresistas de la República por parte del Procurador General

de la Nación puede presentar imperfecciones en un sistema ideal de frenos y contrapesos. Sin embargo, considera que ese modelo fue una decisión consciente y deliberada del Constituyente, producto del proceso de ingeniería institucional dentro del sistema de frenos y contrapesos al ejercicio de la actividad parlamentaria. Así, mediante la implementación de un control externo hasta entonces inexistente, quiso atender la sentida necesidad de reforma a una institución cuya legitimidad había sido altamente cuestionada. (Corte Constitucional, 2013)

Es importante resaltar que el debate en lo que respecta la aplicabilidad de la ley disciplinaria a funcionarios elegidos mediante voto popular siempre se ha delimitado a verificar si los congresistas gozan de un fuero especial que impida que esta entidad administrativa corrija su conducta oficial; frente a esto la postura de la Corte Constitucional siempre ha sido contraria a este cometido tal como lo expone la misma providencia así:

A diferencia de lo previsto para las autoridades taxativamente señaladas en la Constitución, en relación con los congresistas de la República el Constituyente no estipuló un fuero disciplinario que sustraiga la competencia del Procurador General de la Nación para adelantar procesos disciplinarios e imponer las sanciones a que hubiere lugar. (Corte Constitucional, 2013)

Por lo tanto se puede confirmar que ningún funcionario elegido mediante voto popular se halla por fuera o por encima del derecho disciplinario nacional y por el contrario es susceptible de ser destinatario de la ley sancionatoria, independiente de su calidad de servidor público elegido mediante sufragio universal.

Otra sentencia expedida por la misma corporación de Radicado SU-355 del año 2015 confirma este planteamiento plasmando lo siguiente

La Corte debe señalar que es constitucionalmente válida la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos, incluyendo a los de elección popular con excepción de aquellos que se encuentren amparados por fuero; y es constitucionalmente válida la competencia de esta entidad para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general cuando se cometan las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. (Corte constitucional, 2015)

Resulta reiterativo el planteamiento que establece que el ministerio público sí puede aplicar el derecho sancionatorio a funcionarios elegidos mediante voto popular e incluso puede limitar los derechos de estos a acceder a cargos públicos y a ser elegidos para este tipo de funciones cuando la gravedad de su comportamiento típico lo amerite, siendo esta la postura jurisprudencial frente a esta problemática.

Por otro lado la doctrina se ha manifestado en contra de esta facultad del ministerio público, considerando que la misma representa un abuso y una extralimitación de funciones, puesto resulta incoherente que mediante un acto administrativo expedido por una entidad altamente politizada se pueda desconocer la expresión más pura de la democracia, siendo esta el voto popular.

La elección del Procurador General de la Nación y las amplias facultades de este funcionario han sido objeto de debate en las últimas administraciones de esta entidad, puesto este es elegido de forma directa por el Congreso de la República de terna presentada por el Presidente de la Nación; esta elección directa resulta controversial puesto una de las funciones del Procurador General de la Nación es como se ha explicado ejercer la potestad disciplinaria sobre empleados públicos, muchos asociados, afiliados o pertenecientes a los partidos que debaten en el

legislativo la selección de estos funcionarios, por esta razón siempre existirá el riesgo de que este proceso esté influenciado por pactos secretos de tipo político que reducen la autonomía de esta entidad y la comprometen políticamente, siendo esto una circunstancia que resta confianza a las decisiones del procurador que pueden ser interpretadas por muchos como actos de persecución política.

Para el autor Nodier Montoya Romero, en su texto titulado *La destitución de servidores públicos de elección popular por la Procuraduría General de la Nación: violación de la convención americana sobre derechos humanos. Análisis especial de la destitución del Alcalde de Bogotá: Gustavo Petro Orrego en 2013*, el doctrinario establece que las facultades del ministerio público para ejercer potestad disciplinaria sobre funcionarios elegidos mediante voto popular representa un abuso de poder de esta autoridad y entra en contradicción con los contenidos del derecho interamericano de derechos humanos, plasmando el documento lo siguiente:

Conforme a lo reseñado, la destitución del Alcalde Mayor de Bogotá ha sido un ejemplo ilustrativo de la extralimitación de funciones cometida por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de su potestad sancionatoria de carácter disciplinario pues, como servidor público de elección popular, no está dentro de las facultades de la Procuraduría ordenar su destitución ni su inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, sin la observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Montoya Romero, 2017)

A tal efecto tomándose como referencia el controversial caso Petro, el autor plasma que existe un aparente desconocimiento e inaplicabilidad del Pacto de San José de Costa Rica en lo referente a la destitución de funcionarios públicos elegidos de forma democrática.

Otro documento titulado Desarrollo de la facultad administrativa para privar de derechos políticos a servidores públicos de elección popular en Colombia, de autoría de Juan Sebastián Giraldo Bermúdez plantea que existe un desconocimiento u omisión de aplicabilidad de los contenidos del Pacto de san José de Costa Rica, puesto por medio del bloque de constitucionalidad los contenidos de este tratado son aplicables directamente en la legislación interna y estos ordenan que los funcionarios elegidos mediante voto popular solo pueden ser destituidos mediante expedición de sentencia judicial expedida por juez criminal, mas no mediante acto administrativo planteando el autor lo siguiente:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia más relevante, ha sostenido, en concordancia a lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia, que la privación de derechos políticos debe ser resultado de una sentencia expedida por juez penal y no, como ocurre en nuestro sistema jurídico, producto de una sanción por autoridad administrativa. (Giraldo Bermúdez, 2018)

A tal efecto apelando a la jurisprudencia internacional, en este caso la interamericana de derechos humanos el autor confirma que existe una extralimitación abusiva de funciones del ministerio público en lo concerniente a la posibilidad de limitar derechos políticos de los ciudadanos; similar postura es la asumida por la autora Lizzet Teresita Castillo Barros en su documento titulado Estudio jurídico sobre las facultades que la Constitución otorga al Procurador General de la Nación, plasmando lo siguiente

La facultad disciplinara otorgada por la Constitución al Procurador General de la Nación, para sancionar con destitución a funcionarios elegidos por voto popular, debe ser revisada y reformada al considerarla violatoria de derechos políticos al

restringir el derecho universal a elegir y ser elegido, al igual que del derecho fundamental al debido proceso”. (Castillo, 2015)

Resulta reiterativo el planteamiento que establece que los derechos políticos representan una de las más importantes expresiones no solo de la democracia, sino del derecho internacional de los Derechos Humanos, por esta razón para múltiples de los doctrinarios resulta inadmisibile que los mismos puedan ser suspendidos sin el lleno de las garantías que han sido institucionalizadas para esta finalidad y las cuales se hallan consagradas entre otros documentos legales en la Convención Americana de Derechos Humanos, a tal efecto la citada autora establece que la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación sobre los funcionarios de elección popular, es una extralimitación de funciones del ministerio público en deterioro de la democracia y los derechos políticos.

Otros doctrinarios se han alineado con los planteamientos de la jurisprudencia interna y han confirmado que el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación es un acto legítimo que representa una expresión lícita y proporcional del *ius puniendi*, tal es el caso del autor Camilo Andrés Pico Portillo en su texto titulado La potestad disciplinaria de la procuraduría frente a los servidores públicos de elección popular desde la Constitución de 1991, plasma lo siguiente:

La potestad disciplinaria conferida a la Procuraduría General de la Nación hace parte del ejercicio legítimo del Estado colombiano del *ius puniendi*, vigilando la conducta oficial de los servidores públicos incluyendo a los de elección popular, teniendo como principal objetivo salvaguardar el interés general de la comunidad, investigando y sancionando disciplinariamente a los servidores públicos a través de un organismo que fue concebido en la Constitución de 1991 con el propósito de velar

por el interés público de la sociedad colombiana. (Pico Portillo, 2015)

Si bien el autor reconoce que existe una tensión entre el ejercicio de la potestad disciplinaria y los mandatos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sumado al derecho de elegir y ser elegido, esta tensión debe de armonizarse equilibrándola en beneficio del ordenamiento jurídico interno, puesto la finalidad del derecho disciplinaria es velar porque exista una protección de la función pública y por conexidad salvaguardar los intereses de la comunidad representados en la investidura pública obtenida mediante voto popular.

El presente capítulo concluye que existe una tensión innegable entre los derechos políticos y la potestad disciplinaria dada la facultad reconocida al ministerio público de interponer sanciones capaces de limitar el derecho a elegir y ser elegido de empleados públicos elegidos mediante voto popular, sin embargo la jurisprudencia interna del Estado Social de Derecho colombiano ha sido reiterativa en afirmar que esta facultad institucional es un ejercicio legítimo y lícito y que no representa una extralimitación de las funciones de esta entidad y así mismo ha descartado que exista un fuero aplicable a este tipo de funcionarios elegidos democráticamente, por otro lado la doctrina en su inmensa mayoría rechazan esta potestad y consideran que la misma es un abuso de la posición dominante de esta entidad y así mismo critican el oscurantismo que rodea la elección del máximo representante de esta institución, identificándose que siempre existe un riesgo de persecución totalitario por medio de este ente.

Muchos doctrinarios consideran que resulta necesario, obligatorio y preponderante que se reformen los contenidos jurídicos sobre los cuales se soporta esta capacidad de decisión e impedir de esta manera que se continúe en el detrimento de los derechos políticos de los ciudadanos.

CONCLUSIONES

El derecho disciplinario cumple una importante función en el interior de la institucionalidad colombiana, puesto imponer cargas de comportamiento a los empleados públicos, adecuando su conducta a los postulados que definen el deber ser de la función pública, sin embargo debido a la gravedad y agresividad de algunas de sus sanciones, resulta necesario que los fallos emitidos por esta jurisdicción estén sometidos a controles y garantías que impongan límites a la actividad de esta entidad.

Los funcionarios públicos elegidos mediante voto popular no deberían de gozar de fuero disciplinario, puesto estos al ser el nombramiento de estos una expresión de la forma más pura de democracia, estos deben de conservar un comportamiento acorde a la dignidad del cargo y al respeto de sus representados y para que esta iniciativa sea materializada en la realidad, resulta necesario que exista una presión disciplinaria que corrija la conducta antijurídica de estos empleados estatales.

La solución al problema planteado no radica en eliminar la potestad disciplinaria ejercida por el Procurador General de la Nación sobre los funcionarios elegidos democráticamente, ni en dar carta blanca a los últimos para operar por fuera de los designios de la función pública, sino en incrementar las garantías que otorgan confianza al ejercicio de la potestad disciplinaria, reformando aspectos como la elección directa del procurador general de la nación, imponiendo control judicial a las decisiones emitidas por este ente y hacer más típico y taxativo los contenidos de la legislación disciplinaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente (2013). *Constitución Política de Colombia*. Editorial Legis.
- Castillo Barros, L. T. (2015). *Estudio jurídico sobre las facultades que la constitución otorga al procurador general de la nación*. Universidad de Santo Tomás.

- Congreso de la República de Colombia. (2014). *Ley 734 del año 2002 o Código disciplinario único*. Editorial Unión.
- Corte Constitucional colombiana. (1996). Sentencia de radicado C-021.
- Corte Constitucional colombiana. (2002). Sentencia de radicado C-181.
- Corte Constitucional colombiana. (2003). Sentencia de radicado C-037.
- Corte Constitucional colombiana. (2003). Sentencia de radicado T-473.
- Corte Constitucional colombiana. (2006). Sentencia de radicado C-028.
- Corte Constitucional colombiana. (2006). Sentencia de radicado C-028.
- Corte Constitucional colombiana. (2010). Sentencia de radicado C-141.
- Corte Constitucional colombiana. (2012). Sentencia de radicado C-315.
- Corte Constitucional colombiana. (2013). Sentencia de radicado SU712.
- Corte Constitucional colombiana. (2015). Sentencia de radicado C-150.
- Corte Constitucional colombiana. (2015). Sentencia de radicado SU-355.
- Giraldo Bermúdez, J. S. (2018). *Desarrollo de la facultad administrativa para privar de derechos políticos a servidores públicos de elección popular en Colombia*. Fundación Universitaria del Área Andina.
- Montoya Romero, N. (2017). *La destitución de servidores públicos de elección popular por la Procuraduría General de la Nación: violación de la Convención americana sobre derechos humanos. Análisis especial de la destitución del Alcalde de Bogotá: Gustavo Petro Orrego en 2013*. Universidad Militar Nueva Granada.
- Organización de Estados Americanos. (1977). *Convención americana de derechos humanos o pacto de San José de Costa Rica*.
- Pico Portillo, C. A. (2015). *La potestad disciplinaria de la procuraduría frente a los servidores públicos de elección popular desde la constitución de 1991*. Universidad Libre Bogotá.

