

Régimen Disciplinario de los Congresistas

Por Juan Carlos Novoa Buendía¹

Introducción

El deseo del Libertador Simón Bolívar de instituir y fortalecer un *poder moral* que controlara el ejercicio de la función pública de los agentes del Estado en la naciente República de Colombia², se vio claramente cumplido con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.

A lo largo de las dos últimas centurias, es evidente que la tradición jurídica de nuestro país ha perfeccionado el saber del derecho disciplinario. En su proceso de fermentación se han decantado las líneas gruesas del poder disciplinario, pergeñando sus principios, fundamentos y reglas para el ejercicio de esta clase de *ius puniendi* del Estado.

Sin asomo de duda, el constituyente del 91 supo leer la realidad de este saber jurídico especial, que valga decir es *sui generis* a nivel hemisférico y universal, y le entregó a la Nación, no solamente las puntadas de un derecho que se ha convertido en referente de justicia, sino también toda una institucionalidad que encarna el ejercicio práctico de un poder disciplinario al que subyace el *poder moral* querido por el Libertador.

Pese a la luz de las premisas de la Constitución de 1991 que iluminó el poder disciplinario para su correcto entendimiento; es innegable, que en el devenir de los últimos años se han posado sobre ellas nubes negras que oscurecen el diseño querido por el constituyente.

Sería pretensioso de nuestra parte tratar de abarcar en estas pocas líneas todos los temas que han sido y que hoy día son objeto de discusión en materia disciplinaria. En esta oportunidad, sólo pretendo aterrizar en el asunto actual del régimen disciplinario de los congresistas, el cual se puso en relieve por

¹ Abogado, magister en derechos humanos y derecho internacional humanitario, y especialista en derecho administrativo y derecho tributario. Profesor de las cátedras de Filosofía Jurídica, Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Disciplinario. Se desempeñó como Procurador Delegado de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Sanción y como Secretario Ejecutivo del Comité Redactor de la ley 1952 de 2019, conocida como el Código General Disciplinario.

² Constitución de 5 de mayo de 1830 de la República de Colombia, artículos 100 y siguientes.

un caso particular³ que la opinión pública le dio una trascendencia superlativa por sus implicaciones políticas y, por tanto, fue materia de estudio de las autoridades disciplinarias, la jurisdicción contenciosa administrativa y, por supuesto, por la academia.

Pero es necesario hacer otra advertencia a nuestro querido lector. Sobre el régimen disciplinario de los congresistas brotan naturalmente muchos aspectos importantes que por su delicadeza no pueden ser todos tratados con juicio en tan corto espacio. Pensemos, por ejemplo, en la discusión de si autoridades administrativas pueden recortar los derechos políticos de los congresistas como servidores públicos de elección popular, cuando la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 23.2 sólo permite que dicha restricción se imponga en condena por un juez penal⁴. Sólo este tema nos llevaría un largo estudio que incluso estaría pendiente por finiquitar, pues estamos a la espera de una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado colombiano, por un caso singular de un alcalde mayor de Bogotá.⁵

En ese sentido, me propongo en este escrito analizar el régimen disciplinario de los congresistas, pero sólo desde la perspectiva del *juez natural*. Para ello, considero pertinente disipar la cuestión sobre ¿cuál es la autoridad disciplinaria competente para conocer de la conducta realizada por los parlamentarios?

La anterior cuestión resulta atractiva para nuestro estudio, porque desde 1991 no ha habido duda, por lo menos desde el derecho interno, que la autoridad competente para conocer del comportamiento de los congresistas es la Procuraduría General de la Nación. Era pacífica la jurisprudencia, tanto constitucional como la contenciosa administrativa, en decir que el Procurador General tenía la atribución de investigar y juzgar a los congresistas en el ejercicio de su deber funcional.

Sin embargo, sin protagonismos exacerbados ni demostraciones de gestos excesivos, el 23 de enero de 2017 el Congreso de la República expidió la ley orgánica 1828, por medio de la cual dio a luz al Código de Ética y Disciplinario del Congresista; código en el que se establece un régimen disciplinario

³Tomado de <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/ernesto-macias-y-su-explicacion-de-la-jugadita-a-la-oposicion-392118>

⁴ Sobre este tema invito a leer el artículo “El Poder Disciplinario en Colombia y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, por Juan Carlos Novoa Buendía. Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal. Ed. Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2015.

⁵ Caso CDH-13-2018. Gustavo Petro Vs Colombia.

especial, tanto en lo sustancial como en lo procedimental, y en el que se le otorga competencia a las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista de cada una de las Cámaras, para disciplinar las conductas de los Senadores de la República y de los Representantes a la Cámara.

Evidentemente, nuestro lector ya podrá intuir la relevancia de nuestro objeto de estudio, el cual podemos concretar en una cuestión más particular. Refulge en nuestras inteligencias el siguiente interrogante: ¿quién es la autoridad competente para conocer disciplinariamente las conductas de los congresistas, la Procuraduría General de la Nación o las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista?

Honradamente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al decidir un caso particular⁶, fijó el derrotero para resolver nuestra cuestión; no obstante, y más allá de la decisión, consideramos pertinente analizar otros aspectos que nos permitirán plantear otros problemas jurídicos que se perfilarán hacia el futuro.

Delimitado nuestro objeto de estudio, procederemos a desarrollarlo transitando por los siguientes puntos:

1. Naturaleza del poder disciplinario en Colombia

1.1. Su finalidad: la protección de la función pública

Como en filosofía, la naturaleza de todas las cosas se determina por su causa final⁷, así pues, la naturaleza del poder disciplinario está determinada por el fin que persigue. Es la finalidad de la potestad disciplinaria la que define su esencia. Hemos dicho que, al poder disciplinario subyace un *poder moral* que pretende enderezar la conducta del servidor del Estado que riña contra su deber funcional; no obstante, la corrección de la conducta no es el fin en sí mismo de la potestad disciplinaria.

A decir verdad, la corrección de la conducta es la parte *contingente* en la que se observa o se materializa dicho poder. El real propósito del poder

⁶ Decisión de 12 de diciembre de 2019. Conflicto positivo de competencias entre la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética del Congresista del Senado de la República. Rad. 11001 03 06 000 2019 00159 00. Consejero Ponente. Doctor Óscar Darío Amaya Navas.

⁷ Metafísica. Aristóteles. Ed. Espasa Calpe S.A. Pág. 49.

disciplinario trasciende a dicha corrección a un fin ulterior, el cual es la *función pública* y sus principios.

En puridad, la sanción disciplinaria es un *accidente* que realiza a la *substancia* del poder disciplinario, el cual se halla en la protección de los principios que rigen la *función pública*. Dicho de otro modo, el poder disciplinario se caracteriza por su objetivo de proteger los principios de la *función pública*⁸, la cual se expresa en ordenar la conducta de los servidores que la ejercen. De ahí se deriva su naturaleza y, por tanto, su importancia. Como expresión del *ius puniendi*, el Estado puede y debe proteger y desagraviar la *función pública*.

Por eso, con claridad y contundencia, la Corte Constitucional ha dicho⁹ que la finalidad de la potestad disciplinaria es “*asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209)*”¹⁰. Para la Corte es manifiesto que el horizonte del poder disciplinario es la del *aseguramiento* de los principios de la *función pública*.

En decisión más reciente, la Corte se da a la tarea de explicitar esa finalidad del poder disciplinario en el Estado social de derecho, materializado no solamente en el encauzamiento de los deberes funcionales, sino en la buena marcha de la administración y el buen nombre de la administración pública, como expresiones de la *función pública*.

Dice textualmente la Corte¹¹ que en un Estado Social de Derecho el derecho disciplinario no puede fundarse exclusivamente en la protección de los deberes del cargo, sino que también “*busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados*”¹².

⁸ Aquellos previstos en el artículo 209 de la Constitución Política.

⁹ Sentencia C-030 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ Sentencia C-721 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹² Sentencias de la Corte Constitucional C-280 de 1996. M. P Alejandro Martínez Caballero, fundamento 3. En el mismo sentido, ver las sentencias T-438 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-417 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-251 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-244 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-769 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-417 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Entonces, es patente que la naturaleza del poder disciplinario se caracteriza por proteger la *función pública*¹³, para lo cual es necesario andar el camino del encauzamiento de la conducta de los servidores públicos y los particulares que la ejerzan.

1.2. La función pública: diversas formas

Sobre la *función pública* debemos precisar que es un concepto *análogo*, pues en él se admiten varias definiciones. Con frecuencia vemos que el término se utiliza para referirse a la estructura orgánica del Estado y la clasificación del empleo público; asimismo se asocia el concepto de *función pública* con el de *servicio público*, ya sea en una relación de género a especie, o simplemente de especies de un mismo género¹⁴.

Nos interesa en este escrito, la acepción primera del término. Para ello es menester remitirnos al artículo 209 de la Constitución Política, el cual señala que la *función pública* es aquella *función administrativa que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*.

De la norma se denota una característica fundamental de la *función pública* y es estar al *servicio de los intereses generales*, sin embargo, dicha cualidad no es suficiente para descubrir su completa identidad; es más, puede servir para equívocos con la concepción del *servicio público*. Por eso es conveniente acudir al auxilio de la jurisprudencia para decantar los límites del concepto.

¹³ Sobre el concepto de *función pública*, es importante la sentencia C-037 de 2003 de la Corte Constitucional.

¹⁴ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 2003 dejó en claro que la función pública es distinta del servicio público. Dijo la Corte: *Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.*

La Corte Constitucional¹⁵, con buen juicio, dispuso de manera sencilla, pero con gran profundidad el concepto de la *función pública* en los siguientes términos: *La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.*

La *función pública* se define, en estricto sentido, como aquel *ejercicio de la autoridad inherente del Estado*, que en términos de la ley se traduce como aquellas *actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales*¹⁶. Esto significa, que la *función pública* es la prerrogativa exclusiva de los órganos que comprenden las ramas del poder público en orden a alcanzar sus fines, los cuales deben identificarse con el bien común.¹⁷

Es por lo anterior que podemos afirmar que la *función pública* se diversifica en cada una de las ramas del poder público. Así, decimos que la *función pública* es el género y sus especies son las actividades propias de cada una de las ramas del poder público. Por ello, la misma Constitución en el diseño político del Estado atribuye a cada rama una autoridad inherente a manera de *función pública* que le permita el cumplimiento de los cometidos estatales.

En efecto, las tres ramas del poder público: la legislativa, la ejecutiva, y la judicial¹⁸, gozan de funciones públicas con la especialidad que caracteriza a cada ramificación. De este modo, tenemos que la rama legislativa goza de una *función pública congresional*¹⁹; la rama ejecutiva de la típica *función pública administrativa*²⁰ y la rama judicial de una *función pública judicial*²¹.

2. El poder disciplinario y la tridivisión del poder público

A esta altura, podemos señalar razonablemente que el poder disciplinario es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, que está instituido con el fin de proteger la *función pública*, la cual se presenta en las tres ramas del poder

¹⁵ Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶ Artículo 53 de la ley 734 de 2002.

¹⁷ Sobre el *bien común* como finalidad de la función estatal, ver Juan Carlos Cassagne, Derecho Administrativo Tomo I, octava edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, Pág. 72.

¹⁸ Artículo 113 de la Constitución Política.

¹⁹ Artículo 150 de la Constitución Política.

²⁰ Artículo 189, entre otros, de la Constitución Política.

²¹ Artículo 228 de la Constitución Política.

público, a saber: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, con sus respectivas formas de función pública.

Evidentemente, lo que queda claro hasta ahora, es que el constituyente fundó el Estado con estricto apego a la teoría moderna de la *separación del poder político*, representada comúnmente por el Barón de Montesquieu²², quien argumentaba en su favor que *todo hombre que tiene poder se inclina a abusar del mismo; él va hasta que encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder hace falta que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder.*²³

Pero dicha teoría no solamente tiene consecuencias en el orden político, sus repercusiones alcanzan el mundo jurídico y, por supuesto, marcan el ejercicio y operatividad del derecho y el poder disciplinario. Podríamos asegurar como lo hizo en sus albores la Corte Constitucional que, *el derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas.*²⁴

El derecho disciplinario y, por tanto, el poder disciplinario es *consustancial* a la organización política del Estado que, como hemos visto, abraza con fervor la teoría de la tridivisión del poder público de la *Ilustración*. Esto significa que el poder disciplinario también debe comprenderse por *separado*, pues sigue en esencia o, mejor dicho, en *sustancia*, la *separación del poder público*. De manera que el poder disciplinario deberá operar y ajustarse a cada forma de la *función pública*, de acuerdo con cada rama del poder público.

En ese orden, el poder disciplinario debe ser *consustancial* a la rama legislativa y a su *función pública congresional*; a la rama ejecutiva y a su *función pública administrativa*, y a la rama judicial y a su connatural *función pública judicial*. Y para alcanzar, consecuentemente, esa *consustancialidad*, el constituyente estableció, de manera clara, un régimen general y dos especiales²⁵ para el ejercicio del poder disciplinario.

Conforme al diseño constitucional, el poder disciplinario sigue a la *función pública*, y de este modo, se pueden ver con claridad tres grandes regímenes disciplinarios que responden al pilar moderno de la *tridivisión del poder público*. Así pues, la Constitución nos presenta un régimen general en cabeza

²² Aunque, a decir verdad, gran parte de la filosofía política considera que dicha *teoría* encuentra sus fundamentos en John Locke, especialmente en su texto sobre el *Segundo Ensayo Sobre El Gobierno Civil*.

²³ El Espíritu de las Leyes. Montesquieu.

²⁴ Sentencia C-417 de 1993. M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo

²⁵ No desconocemos que existen otros regímenes especiales, pero éstos son de rango legal. Nos interesa para este escrito los que se fundan directamente de la Constitución Política.

de la Procuraduría General de la Nación para la protección de la *función pública administrativa*, y dos regímenes especiales: uno para la rama judicial atribuido al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria (hoy Comisión Nacional de Disciplina), para salvaguardar la *función pública judicial*²⁶. Y el otro, para la rama legislativa en cabeza de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista de cada cámara, con el fin de proteger la *función pública congresional*.²⁷

Sin duda el régimen general representa el mayor espectro del ejercicio del poder disciplinario, pues comprende toda la *función pública* de la administración, claro está, diferente de las ramas judicial y legislativa del poder público. Ello significa que el poder que ejerce la Procuraduría General de la Nación sea el más notable y asegure con gran despliegue la protección de la *función pública administrativa*.

De esta forma se entiende cómo el constituyente le haya dedicado todo un capítulo de la Constitución Política²⁸ y le haya asignado importantes competencias a la Procuraduría General de la Nación, pues de ella depende la correcta conducta de miles de servidores públicos, los cuales en su gran mayoría pertenecen a la rama ejecutiva del poder público.

Según la Constitución, corresponde al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, *ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley*²⁹.

Descendiendo al objeto de estudio de este escrito, podríamos afirmar en una lectura aislada de esta atribución de la Procuraduría General de la Nación, que dicha institución sería la competente para conocer de las conductas de los congresistas, pues en la norma se incluyen como sus sujetos disciplinables a los servidores de *elección popular*, sin hacer ninguna clase de distinciones.

No obstante, dicha atribución debe ser leída sistemáticamente, no solamente en relación con las demás normas constitucionales, sino conforme a la

²⁶ Artículo 256.3 de la Constitución Política.

²⁷ Artículo 185 de la Constitución Política y las leyes 5 de 1992 y 1828 de 2017.

²⁸ Capítulo 2 del Título X.

²⁹ Artículo 277.6.

filosofía y los principios que subyacen al diseño constitucional, los cuales hemos venido desentrañando en los puntos anteriores.

De antemano, podemos anticipar que la competencia general de la Procuraduría General de la Nación tiene claras fronteras respecto de los congresistas, a pesar que la norma le otorgue competencia sobre los *elegidos popularmente*, como lo son los legisladores. Lo anterior, por cuanto el artículo 185 superior establece un régimen disciplinario especial para los congresistas al establecer que *serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo*; reglamento de carácter especial que sólo hasta hace dos años fue expedido en la ley 1828 de 2017 y que, por tanto, realizó el deseo del constituyente de *separar* el poder disciplinario respecto de la *función pública congresional*.

Para desarrollar nuestra tesis, es conveniente analizar el poder disciplinario sobre los congresistas desde una perspectiva cronológica, que nos permitirá entender por qué la autoridad competente no ha sido constante. En efecto, analizaremos en un primer momento la competencia absoluta de la Procuraduría General de la Nación sobre los congresistas antes de la ley 1828 de 2017; y, en segundo lugar, la competencia después de dicha Ley.

3. Competencia de la Procuraduría General de la Nación sobre los congresistas antes de la ley 1828 de 2017

Como arriba señalamos, el artículo 185 de la Constitución dispuso expresamente que *los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo*. Es innegable el régimen especial disciplinario que el constituyente dispuso para los congresistas, sin embargo, su desarrollo se demoró en llegar al ordenamiento jurídico, pese a varios intentos por reglamentarla.³⁰

Esa demora, entendible por la juventud de la Constitución y por la atenta labor del legislativo que zurce con delicadeza los postulados que quiso el constituyente conforme a los tiempos y acontecimientos, marcó el saber

³⁰ Por ejemplo, el Proyecto de Ley No. 237 de 2005 Cámara, 055 de 2005 Senado, por medio del cual se expedía el Código de Ética del Congresista, el cual fue declarado inexecutable en sentencia C-482 de 2008 de la Corte Constitucional.

jurídico disciplinario en el sentido de considerar que el único juez disciplinario de los congresistas era la Procuraduría General de la Nación.

Con lo dicho, no pretendemos hacer ningún reproche a esta comprensión del juez disciplinario de los congresistas, pues ante la ausencia de legislación especial que regulara su régimen, era apenas comprensible que se hubiera generalizado el poder de la Procuraduría General de la Nación sobre ellos, más aún cuando el artículo 277.6 de la Constitución, en amplio sentido, así lo permite.

En ese orden, la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, pacíficamente han sostenido que la Procuraduría General de la Nación tiene competencia sobre todas las conductas disciplinarias de los legisladores, por virtud del artículo 277.6 superior.

En realidad, dicha afirmación de competencia sólo ha sido cuestionada, cuando se propuso que la competencia sobre los congresistas, no era convencional por la aplicación exegética del artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que restringe únicamente a una condena de juez penal el recorte de derechos políticos de los elegidos popularmente.

A causa de este planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha tenido tres posturas o movimientos. El primero denominado *limitado*³¹ en el que se dispuso por la Corte que las drásticas inhabilidades contenidas en el artículo 122 superior, solamente se podían imponer por juez penal, ajustándose a la literalidad del artículo 23.2. de la Convención. El segundo movimiento se denominó *integrador*³², según el cual, se permitió la competencia de la Procuraduría General de la Nación, pero sólo sobre actos de corrupción. Y el tercero determinado por una interpretación *amplia*³³ en la que se permitió la restricción de derechos políticos a los congresistas sin importar la naturaleza de la falta.

Por su parte, la jurisprudencia contenciosa administrativa también ha tenido sus movimientos en la materia. En primer lugar, el Consejo de Estado consideró que la competencia de la Procuraduría General de la Nación sobre los elegidos popularmente como los congresistas, solo tiene lugar cuando medie decisión judicial, acogiéndose, en parte, al artículo 23.2 convencional.³⁴ Pero con posterioridad, la Sección Segunda de la Corporación

³¹ Sentencias C-551 de 2003 y C- 541 de 2010.

³² Sentencia C-028 de 2006.

³³ Sentencia SU-712 de 2013, SU-355 de 2015 y T-433 de 2019.

³⁴ Sentencia de Sala Plena de 15 de noviembre de 2017. Radicado IJ 2014-00360-00.

amplió su criterio y determinó que la Procuraduría General de la Nación puede disciplinar a los elegidos popularmente en la forma que lo permite la ley 734 de 2002.³⁵

Bajo la vigencia de la Constitución de 1991 y antes de la entrada en vigencia de la ley 1828 de 2017, la competencia para disciplinar a los congresistas por parte de la Procuraduría General de la Nación no ha sido controvertida, salvo los movimientos, antes vistos, del alcance del poder disciplinario.

4. Competencia sobre los congresistas con la ley 1828 de 2017

A pesar de varios intentos del Legislador por reglamentar el artículo 185³⁶ constitucional, el cual les permite a los congresistas darse un régimen disciplinario especial, como una garantía adicional a la *inviolabilidad parlamentaria* de sus votos y opiniones, el Congreso de la República expidió la ley 1828 el 23 de enero de 2017 *Por medio de la cual se expide el Código de Ética y Disciplinario del Congresista y se dictan otras disposiciones*.

En orden a la realidad, la ley 1828 constituye un marco jurídico especial para los congresistas en materia disciplinaria. Así se declara ella misma en su artículo primero al definir su *finalidad* como *la ley que constituye el marco normativo de la responsabilidad ética y disciplinaria de los miembros del Congreso de la República, por la conducta indecorosa, irregular o inmoral en que puedan incurrir en el ejercicio de su función o con ocasión de la misma, de conformidad con el artículo 185 de la Constitución Política*.

La ley orgánica realiza con claridad el deseo del constituyente de instituir para la función pública congresional un poder disciplinario especializado, basado, por supuesto, en la línea gruesa de la *separación del poder público*. Por ello es que luego de señalar su *finalidad*, en el artículo cuarto determina su *objeto*, indicando que lo que pretende es *desarrollar el artículo 185 de la Constitución Política, adoptando las normas que regulen la conducta ética y disciplinaria de los Congresistas en ejercicio de sus funciones congresionales*.

Pese a la revelación de la ley 1828 como una norma especial que incursiona y que hace parte del terreno disciplinario, su ingreso no ha sido el más amable, pues se discute su estirpe disciplinaria, lo cual permitiría que a los

³⁵ Sentencia de 4 de abril de 2019. Radicado Interno 2128-12.

³⁶ ARTICULO 185. Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

congresistas se les juzgara dos veces por un mismo hecho, situación que plantea el problema del *non bis in idem*³⁷. A fin de reafirmar la naturaleza disciplinaria de la ley 1828 y disipar la compatibilidad con el régimen disciplinario general en cabeza de la Procuraduría General de la Nación del artículo 277.6 constitucional, es menester detenernos en explicar por qué la ley 1828 tiene carácter disciplinario.

4.1. Ley 1828 de 2017: régimen disciplinario especial

Para empezar, debemos reiterar que el artículo 185 constitucional instituyó para los congresistas un poder disciplinario especial. La norma constitucional refiere con claridad la llamada *inviolabilidad parlamentaria*, la cual ampara a los congresistas en sus opiniones y votos que emitan en el ejercicio del cargo, no obstante, relativiza dicha protección a través del *poder disciplinario* que se regule en su reglamento, esto es, por medio de ley orgánica, tal como lo exige el artículo 151 de la Constitución.³⁸

Así las cosas, las Leyes 5 de 1992 y 1828 de 2017 regulan por deferencia directa de la Constitución Política la reglamentación del *poder disciplinario* sobre los congresistas en aquellas conductas que no estén amparadas por la *inviolabilidad parlamentaria* que se da en el ejercicio de su función pública congresional. Y de acuerdo con las normas legales corresponde a las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista de cada cámara ejercer dicho poder. Así lo determinan los artículos 58 y 59 de la Ley 5 de 1992, en cuanto

³⁷ Principio de derecho natural, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política. Sobre este punto ver Juan Carlos Cassagne, Derecho Administrativo Tomo II, octava edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, Pág. 595.

³⁸ ARTICULO 151. El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

a la composición³⁹ y funciones⁴⁰ de cada Comisión; las cuales se adelantan mediante proceso disciplinario, con sus respectivas faltas disciplinarias y sanciones contenidas en la Ley 1828 de 2017.

Sobre este punto, conviene traer a colación la sentencia C-482 de 2008, en la que la Corte Constitucional, si bien es cierto declaró fundadas las objeciones presidenciales y, por ende, la inexecutable del Proyecto de Ley No. 237 de 2005 Cámara, 055 de 2005 Senado, por medio del cual se expedía en esa época el Código de Ética del Congresista; también es verdad que en esa ocasión la Corte en sus considerandos estableció que las normas de dicho proyecto de Código tenían claramente una *naturaleza disciplinaria*. La referencia es pertinente y aplicable a la ley 1828, pues aquel proyecto de ley es materialmente asimilable a sus contenidos.

Dijo la Corte en aquella oportunidad que *sobre el particular cabe señalar que la ética adquiere relevancia jurídica en el ámbito del servicio público cuando se aprecia desde la perspectiva funcional y en la medida en que el Código de Ética de los congresistas se orienta a establecer instrumentos de control y sanciones para las conductas que resulten contrarias a los deberes funcionales de los congresistas, claramente tiene una naturaleza disciplinaria.*

³⁹ ARTÍCULO 58. COMPOSICIÓN E INTEGRACIÓN. En cada una de las Cámaras funcionará una Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, compuesta por once (11) miembros en el Senado y diecisiete (17) en la Cámara de Representantes. Serán elegidos dentro de los primeros quince (15) días de la fecha de instalación o sesión inaugural, para el respectivo período constitucional.

Si vencido el término no se hubiere efectuado la elección, las Mesas Directivas de cada Cámara procederán a su integración, respetando la representación que deben tener las minorías.

Las Cámaras conservarán la facultad de integrarlas en todo tiempo.

Se reunirá por lo menos una vez al mes y se le prohíbe inmiscuirse por medio de resoluciones en asuntos de competencia privativa de otras autoridades.

⁴⁰ ARTÍCULO 59. FUNCIONES. <Artículo modificado por el artículo 72 de la Ley 1828 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La Comisión de Ética y Estatuto del Congresista conocerá del conflicto de interés y de las violaciones al régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los Congresistas. Así mismo, del comportamiento indecoroso, irregular o inmoral que pueda afectar a alguno de los miembros de las Cámaras en su gestión pública, de conformidad con el Código de Ética y Disciplinario expedido por el Congreso.

El fallo sancionatorio que adopte la Comisión de Ética en los casos previstos, podrá ser apelado ante la Plenaria de la respectiva Corporación por el Congresista afectado y el Ministerio Público o quien haga sus veces; recurso que se decidirá conforme al procedimiento establecido en el Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

El proyecto de Código de Ética y Estatuto del Congresista constituye, entonces, independientemente de la denominación de sus acápite, un verdadero estatuto disciplinario de los congresistas. (Subraya nuestra).⁴¹

De este modo, no cabe duda que las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista gozan de un *poder disciplinario* sobre los senadores y representantes a la cámara en sus conductas que escapen a la *inviolabilidad parlamentaria* consagrada en el artículo 185 constitucional. De acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, no cabe duda que, pese a la denominación de algunos apartes, en ese momento del proyecto de ley, pero aplicables a la ley 1828 por la similitud en su contenido, pudieran distraer la esencia disciplinaria de la norma, dicha regulación constituye un *verdadero estatuto disciplinario de los congresistas*.

4.2. Régimen subjetivo de responsabilidad

Pero como si lo anterior no fuera suficiente para reivindicar la naturaleza disciplinaria de la ley 1828, es conveniente hacer una precisión adicional. Es nodal precisar que el régimen de responsabilidad disciplinaria de la ley 1828 es *subjetiva*.

Lo anterior es relevante, por cuanto, generalmente, entre los regímenes de responsabilidad se suele distinguir entre los regímenes objetivos y subjetivos, ubicando entre los primeros algunos regímenes de *disciplina* y en los segundos los *disciplinarios*. La distinción no es simplemente semántica, pues subyace a la distinción la posibilidad de que el régimen de la ley 1828 pueda ser determinado como de responsabilidad de *disciplina objetiva* y sea compatible con el régimen *disciplinario subjetivo* de la ley 734 de 2002 en cabeza de la Procuraduría General de la Nación.

Dicho de otro modo, es importante advertir la precisión, porque en algunos sectores se ha dicho que tales poderes disciplinarios son *concurrentes*, pues el de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista se encuadra en un régimen de responsabilidad *objetiva* que sólo busca la *disciplina* de los congresistas en el ejercicio de sus deberes funcionales congresionales, sin que ello excluya el poder disciplinario de la Procuraduría General de la Nación

⁴¹ Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

que es de responsabilidad *subjetiva* y que busca la corrección del congresista en aras de proteger la función pública.

Al respecto debemos señalar que la disgregación anterior no es aceptable, pues ambas competencias son auténticos *poderes disciplinarios* que se mueven en el régimen de la *responsabilidad subjetiva*, pues en ambas reglamentaciones se exige para generar responsabilidad disciplinaria del congresista la demostración de la *culpabilidad* en sus modalidades de *dolo* y *culpa*.

En efecto, en el régimen disciplinario de la Procuraduría General de la Nación está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, y sólo es posible derivar responsabilidad a título de dolo o culpa, tal como exige el artículo 13 de la ley 734 de 2002⁴².

A su turno, en el régimen disciplinario de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista también se proscribire toda forma de responsabilidad objetiva, y se exige para imponer sanciones disciplinarias la demostración del dolo o la culpa, que valga decir, tienen una conceptualización que no tiene la ley 734 de 2002 de la Procuraduría General de la Nación. En efecto, el párrafo del artículo 10⁴³ de la ley 1828 consagra que *en materia disciplinaria solo se*

⁴² ARTÍCULO 13. CULPABILIDAD. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

⁴³ ARTÍCULO 10. FALTAS. Las faltas ético disciplinarias se realizan por acción, omisión, por cualquier conducta o comportamiento ejecutado por el Congresista, que conlleve el incumplimiento de los deberes, conductas sancionables previstas en el artículo 9o, violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y del conflicto de intereses, y por tanto darán lugar a la acción ética y disciplinaria e imposición de la sanción prevista en esta ley, sin detrimento de la competencia atribuida a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, en materia penal o contenciosa administrativa o a la Procuraduría General de la Nación.

PARÁGRAFO. Culpabilidad. En materia disciplinaria solo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad. Las conductas solo son sancionables a título de dolo o culpa. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Dolo. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización.

Culpa. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla.

La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave. La culpa leve no será sancionable en materia disciplinaria.

podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad. Las conductas solo son sancionables a título de dolo o culpa. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Conforme a las referencias precedentes debemos señalar que, tanto el poder disciplinario de la Procuraduría General de la Nación como el de las Comisiones de Ética sobre los congresistas guardan en esencia una misma naturaleza, pues ambos se encuadran en el *régimen de responsabilidad subjetiva*.

4.3. Principio del *non bis in idem*

Se podrá objetar a lo dicho, que a pesar de que la ley 1828 contiene un régimen disciplinario y que se enmarca en un régimen responsabilidad subjetiva, la ley 1828 tiene un *fin distinto* del poder disciplinario general de la Procuraduría General de la Nación y, por tanto, podrían ser concurrentes. Esta objeción la traemos a colación, por haberse planteado por la Procuraduría General de la Nación en un caso particular.⁴⁴

En aquella ocasión la Procuraduría General de la Nación consideró que en la medida en que existen diversidad de *regímenes disciplinarios (común y especiales)*, tal situación le permite intuir que existen finalidades distintas entre todos los regímenes disciplinarios, por lo que, al no existir identidad de *causa* entre estos regímenes, no se infringiría en ningún caso el principio del *non bis in idem*.

De manera sintética, la Procuraduría General de la Nación expuso su visión sobre este asunto que *cuando, con una misma conducta, un congresista trasgrede los mandatos o prohibiciones señalados en el artículo 9 de la ley 1828 de 2017 y también otras disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias, es posible, sin que con ello se viole la garantía del non bis in*

Habrà culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

⁴⁴ En el Conflicto positivo de competencias entre la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética del Congresista del Senado de la República. Rad. 11001 03 06 000 2019 00159 00. Consejero Ponente. Doctor Óscar Darío Amaya Navas.

*idem, que se adelanten actuaciones disciplinarias, propias del régimen común, y éticas disciplinarias, conforme con lo establecido en la ley 1828 de 2017, por parte de la Procuraduría General de la Nación y las Comisiones de Ética del Congreso.*⁴⁵

De haber hecho tránsito la tesis del órgano de control habría colocado a congresistas y demás servidores públicos que cuentan con regímenes especiales disciplinarios como los militares⁴⁶, policías⁴⁷ y funcionarios judiciales⁴⁸, entre otros, en la situación de ser juzgados y sancionados dos veces disciplinariamente por una misma conducta. De un lado y de manera especial, por las Inspecciones Generales del Ejército y la Policía Nacional, el Consejo Superior de Judicatura y por las Comisiones de Ética del Congreso; y por el otro, de manera común por la Procuraduría General de la Nación.

Hay que recordar que la especialidad de los *regímenes disciplinarios de los servidores públicos* no difiere de la finalidad (o causa final) del régimen disciplinario contenido en la ley 734 de 2002, o *común*. A decir verdad, tanto la ley 734 de 2002 como las leyes que regulan los *regímenes especiales contra los servidores públicos* tienen una misma finalidad, y es, como dijimos al inicio de este escrito, *proteger la función pública*.

Aquí vale la pena insistir en que la *protección de la función pública* es la finalidad que caracteriza a todo el poder y el derecho disciplinario de los servidores públicos, independientemente de que para dicha protección cuente con varios *regímenes disciplinarios*. El hecho de que existan varias leyes que regulen el derecho disciplinario contra los servidores públicos con faltas, sanciones y procedimientos especiales, no le hacen perder su finalidad natural de *proteger la función pública*.

En aquella ocasión, se trajo al debate la sentencia C-899 de 2011 de la Corte Constitucional, que declaró exequible el inciso segundo del artículo 19 del *Código Disciplinario del Abogado* que permite que los abogados en su calidad de servidores públicos que *desempeñen funciones públicas relacionadas con su ejercicio profesional*, pueden ser investigados concurrentemente tanto por

⁴⁵ Escrito de 9 de septiembre pasado presentado por la Sala Disciplinaria a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Conflicto positivo de competencias. Rad. 11001 03 06 000 2019 00159 00. Consejero Ponente. Doctor Óscar Darío Amaya Navas

⁴⁶ Régimen especial disciplinario contenido en la ley 1862 de 2017.

⁴⁷ Régimen especial disciplinario contenido en la ley 1015 de 2006.

⁴⁸ Régimen especial disciplinario contenido en el Título XXI, capítulo I, de la Ley 734 de 2002.

el Consejo Superior de la Judicatura por el ejercicio profesional de abogado, como por la Procuraduría por el correcto ejercicio de la *función pública*; sin que esto implique violación al principio del *non bis in ídem*.

Al respecto debemos señalar que la sentencia en comento no es aplicable al presente asunto, pues no se puede mezclar el régimen disciplinario contra los *servidores públicos* con el régimen disciplinario de los *abogados*. En efecto, hay que advertir que el *poder disciplinario* del que hemos venido hablando es el de los *servidores públicos* y no el de las *profesiones liberales*, que, valga acotar, no buscan la protección de la *función pública*, sino el ejercicio debido de la profesión u oficio, tal como lo demanda la Constitución.⁴⁹

La Corte en un sencillo ejercicio hermenéutico determinó que cuando los abogados-servidores públicos deban ejercer su profesión y ésta coincida con su función pública, éstos pueden ser pasibles de los dos regímenes disciplinarios. Por un lado, por el Consejo Superior de la Judicatura cuando las conductas atenten contra los fines de la profesión, y por el otro, por la Procuraduría para *proteger la función pública*.⁵⁰

En ese sentido, la referida sentencia de la Corte no es aplicable para demostrar que el régimen de la ley 1828 de 2017 y el de la ley 734 de 2002 en cabeza de la Procuraduría General de la Nación son concurrentes y que no atentaría contra el principio del *non bis in ídem* adelantar al tiempo los dos procesos, pues, insistimos, no estamos frente a dos regímenes disciplinarios con fines distintos, sino, todo lo contrario, estamos frente a regímenes

⁴⁹ ARTICULO 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

⁵⁰ Dijo la Corte textualmente: En criterio de la Sala, el inciso acusado sólo tiene una interpretación plausible: los abogados que en su condición de servidores o particulares que ejerzan función pública deban ejercer la profesión, quedan sujetos a las regulaciones del Código Disciplinario del Abogado por las faltas que lleguen a cometer en su ejercicio, sin que ello excluya la competencia de los órganos disciplinarios encargados de velar por el correcto ejercicio de la función pública. En consecuencia, éstos serán responsables ante i) la Procuraduría General de la Nación o la oficina de control interno disciplinario, según sea el caso, en su condición de servidores o particulares que ejercen función pública en los términos del Ley 734 de 2002, por la violación de sus deberes funcionales y ii) los consejos seccional o superior de la Judicatura, por la violación de la normativa que rige la profesión de abogado, Ley 1123 de 2007.

disciplinarios contra servidores públicos que tienen un mismo fin y es *proteger la función pública*.

4.4. Competencia de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista

Definido el carácter disciplinario de la ley 1828 de 2017, ello significa que las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista de cada cámara gozan de un poder disciplinario especial sobre los legisladores con el fin de proteger la función pública congresional.

No obstante la premisa anterior, la cual se compadece con el diseño constitucional de la organización política del poder público y, por ende, del poder disciplinario, que, recordemos, es *consustancial*; es menester descender al terreno práctico del ejercicio de dicho poder disciplinario especial, para ser precisos en las atribuciones que la ley difiere a las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista.

Para ello, conviene referir que la ley definió su *ámbito de aplicación*⁵¹, y en él establece que la competencia de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista para proteger la función pública congresional es *autónoma e independiente*, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa. Y en lo que corresponde a la Procuraduría General de la Nación determinó la ley que *conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan*.

⁵¹ Artículo 3 de la ley 1828 de 2017. Dice la norma: **ÁMBITO DE APLICACIÓN.** La presente ley se aplicará a Senadores de la República y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función transgredan los preceptos éticos y disciplinarios previstos en este Código, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa.

Constituye afectación a la función congresional, cuando se incurre en violación a los deberes, prohibiciones y cualquiera de las conductas estipuladas en este código.

La acción ética disciplinaria es autónoma e independiente de otras de naturaleza jurisdiccional que se puedan desprender de la conducta del Congresista.

La Procuraduría General de la Nación conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan.

Conforme a ese carácter *autónomo e independiente*, se deriva razonablemente que todos los comportamientos de los congresistas que tengan que ver con el ejercicio de la *función pública congresional*, conforme a las conductas estipuladas en la ley 1828, serán competencia de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista, y sobre las demás conductas no previstas en la ley y que comporten, desde luego, una afectación al deber funcional congresional, serán competencia del poder disciplinario general en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. En términos sencillos, podemos afirmar que la competencia disciplinaria de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista es *principal y excluyente*, mientras que el de la Procuraduría General de la Nación es *residual*.

En la misma línea de la competencia *residual* de la Procuraduría General de la Nación se ubica el mismo señor Procurador General quien en un caso particular determinó que *para este Despacho la norma (se refiere al artículo 3 de la ley 1828 de 2017) no se presta a equívocos: la competencia de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista es específica y está puntual y exclusivamente referida a las nueve conductas descritas en el artículo 9 de la Ley 1828; la competencia de la Procuraduría General de la Nación, en cambio es residual y recae sobre todo comportamiento que represente falta disciplinaria, mientras no esté previsto como falta a la ética del congresista por la misma Ley.*⁵²

En ese sentido, la competencia de la Procuraduría sobre los congresistas tiene carácter *residual*, es decir, que ella es competente sólo respecto de las conductas que *excedan* las faltas disciplinarias contenidas en los nueve numerales del artículo 9 de la Ley 1828 de 2017. Dicho de otro modo, si la conducta del congresista se adecúa a alguna de las faltas del mencionado artículo 9 la autoridad competente para adelantar la respectiva investigación disciplinaria es la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, y no la Procuraduría General de la Nación.

Y lo anterior es razonable, porque, como hemos dicho, el constituyente quiso que el poder disciplinario de la Procuraduría General no cruzara la frontera que le impone la *separación del poder público* que ampara el poder

⁵² Tomado de la contestación de 27 de junio de 2019 a H. Representante, presidente de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista de la Cámara de Representantes, Jorge Méndez Hernández, por parte del Procurador Auxiliar Disciplinario.

disciplinario especial de los congresistas en lo que tiene que ver con la *función pública congresional*.

5. Postura del Consejo de Estado

Hasta el momento, hemos determinado que en materia disciplinaria los congresistas gozan de un régimen especial en el que las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista cuentan con una competencia *principal y excluyente* para proteger la función pública congresional de acuerdo con las conductas tipificadas por la ley 1828 de 2017; y en las demás conductas que también afecten el deber funcional pero que estén por fuera de la señaladas por la ley 1828, la competencia será *residual* en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. Esto significa que en materia de competencia disciplinaria sobre los congresistas no existen *zonas grises*, pues como hemos expuesto conforme a la ley y al entendimiento de la propia Procuraduría General de la Nación, en términos *cromatológicos*, o es *blanco* o es *negro*.

Sin embargo, en decisión reciente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁵³, que valga decir, se constituye en el primer antecedente sobre la competencia disciplinaria sobre los congresistas después de la ley 1828, la Sala discurrió juiciosamente sobre la normatividad y la jurisprudencia que hasta el momento se ha emitido en relación con este tema, para llegar a definir tres ámbitos de competencia.

Dice la Sala que *es dable concluir que, respecto de los congresistas, la competencia disciplinaria se distribuye de la siguiente manera:*

- a) *Conducta correspondiente a un voto y opinión: solamente es competente la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista. No aplica el poder preferente del Procurador General de la Nación.*

- b) *Conducta que atenta contra la función congresional: la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista es, en principio, la autoridad competente para investigar y sancionar disciplinariamente a un congresista.*

⁵³ Decisión de 12 de diciembre de 2019. Conflicto positivo de competencias entre la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética del Congresista del Senado de la República. Rad. 11001 03 06 000 2019 00159 00. Consejero Ponente. Doctor Óscar Darío Amaya Navas.

Con todo, y siempre y cuando la conducta no corresponda a un voto u opinión, el Procurador General de la Nación es competente si, con fundamento en criterios objetivos y razonables, ejerce su poder preferente. En este último caso, la Procuraduría desplaza a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista.

- c) *Conducta que no atenta contra la función congresional: La autoridad competente es el Procurador General de la Nación. La Comisión de Ética y Estatuto del Congresista carece de competencia en este tipo de conductas.*⁵⁴

Conforme al planteamiento que hemos venido explicando a lo largo de este escrito, la competencia disciplinaria sobre la *función pública congresional* de los legisladores sólo tiene dos extremos. Uno de manera *principal y excluyente* en cabeza de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresistas según las conductas señaladas en la ley 1828, y otro, de manera *residual* por parte de la Procuraduría General de la Nación para las conductas que excedan las consignadas en la ley 1828.

Pero, en la hermenéutica del Consejo de Estado existe un tercer ámbito de competencia *compartido* entre las dos autoridades disciplinarias cuando la *conducta atenta contra la función congresional*, y sea diferente de las relacionadas con el voto u opinión del congresista. En este caso, la competencia se resuelve por el Procurador General de la Nación si, con fundamento en criterios objetivos y razonables, decide ejercer su *poder preferente*.

5.1. Poder preferente del Procurador General de la Nación

Al respecto debemos manifestar dos contraargumentos a este tercer ámbito de competencia disciplinaria sobre los congresistas. De un lado, la normativa de la ley 1828 de 2017 no contempla la posibilidad del ejercicio del *poder preferente* de la Procuraduría General de la Nación. Y, por otro lado, existe

⁵⁴ Ibidem. Página 38 de la decisión judicial.

interpretación jurisprudencial que enseña que entre las ramas del poder público no cabe el *poder preferente* del Ministerio Público.

5.1.1. Control interno y externo: regla general y excepción

En cuanto al primer punto, debemos señalar, de manera preliminar, un principio que nos ayudará a comprender cuándo procede el *poder preferente* del señor Procurador General de la Nación asignado por la Constitución Política. Ese principio es aquel que indica que el poder disciplinario en Colombia, y predominantemente en la mayoría de los países occidentales, es por regla general de *carácter interno*, y excepcionalmente es de *carácter externo y preferente*.

La Constitución quiso que toda la administración pública, en todos sus órdenes, contara con un *control interno* que catalizara a la luz de los principios de la *función pública* el servicio de los intereses generales⁵⁵. De modo que por *regla general* el poder disciplinario es de carácter *principal y excluyente* en donde la propia administración debe enderezar la conducta de sus servidores. Excepcionalmente, el constituyente dispuso que el poder disciplinario fuera ejercido de manera *externa y preferente* por una institución autónoma e independiente como la Procuraduría General de la Nación, a quien le encargó *ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley*.⁵⁶

De lo anterior subyace, que el carácter *excepcional* del *poder preferente* exige que debe ser expreso, pues es bien sabido, que la excepciones en el derecho deben ser expresas. Es por esto que el legislador en estas materias ha sido cuidadoso y cuando ha querido que el *poder preferente* sea ejercido por la Procuraduría General de la Nación así lo ha dispuesto.

⁵⁵ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁵⁶ Artículo 277.6 de la Constitución Política.

Son varios los casos en que el Legislador ha señalado la *excepción del poder preferente* de la Procuraduría General de la Nación. En efecto, en el régimen disciplinario especial de las Fuerzas Militares, el Legislador al definir la *titularidad de la potestad* dijo con claridad que *la potestad disciplinaria corresponde al Presidente de la República, Ministro de Defensa Nacional y a las Fuerzas Militares, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación*.⁵⁷ En el régimen especial de los Policías ocurre otro tanto. El Legislador también al definir la *titularidad de la potestad disciplinaria* indicó que *el Estado es el titular de la potestad disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a los funcionarios de la Policía Nacional con atribución disciplinaria, conocer de las conductas disciplinables de los destinatarios de esta ley*.⁵⁸ Y como si los ejemplos anteriores fueran poco, en el caso de los Notarios, el Legislador también estableció de manera excepcional el *poder preferente* de la Procuraduría sobre la Superintendencia de Notariado y Registro, de la siguiente forma: *El régimen especial para los notarios se aplica por la Superintendencia de Notariado y Registro como órgano de control especial con todos sus requisitos y consecuencias, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación*.⁵⁹ (Subraya nuestra).

En el caso de los congresistas, la ley 1828 de 2017 no hizo tal excepción. No contempló en ninguno de sus artículos el *poder preferente* de la Procuraduría General de la Nación, pues como hemos sostenido, la Procuraduría solo tiene poder disciplinario *residual* respecto de las conductas no tipificadas en la ley 1828.

Por el contrario, y adicional a lo dicho, debemos indicar que de la ley 1828 se puede entender que no cabe el *poder preferente* de la Procuraduría General de la Nación. Lo anterior, por cuanto el artículo 23 de la ley, al contemplar la figura del *conflicto de competencias*, lo que nos indica en realidad es que las

⁵⁷ Artículo 54 de la ley 1862 de 2017. TITULARIDAD DE LA POTESTAD Y DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. La potestad disciplinaria corresponde al Presidente de la República, Ministro de Defensa Nacional y a las Fuerzas Militares, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación.

⁵⁸ Artículo 1 de la ley 1015 de 2006. TITULARIDAD DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a los funcionarios de la Policía Nacional con atribución disciplinaria, conocer de las conductas disciplinables de los destinatarios de esta ley.

⁵⁹ Artículo 59 de la ley 734 de 2002. ORGANISMO COMPETENTE. El régimen especial para los notarios se aplica por la Superintendencia de Notariado y Registro como órgano de control especial con todos sus requisitos y consecuencias, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación.

competencias disciplinarias de la Comisión de Ética y la Procuraduría no son concurrentes, sino excluyentes. Esto significa en sana lógica, que sólo una de las dos autoridades es competente, sin que ello permita el ejercicio del *poder preferente* de la Procuraduría sobre las Comisiones de Ética.

Se podrá objetar, que el artículo 3 de la Ley 734 de 2002⁶⁰ establece una *regla general* del *poder preferente* sobre todas las oficinas de control interno.⁶¹ Sin embargo, para el caso que nos ocupa está claro que las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista no son oficinas de control interno disciplinario, porque su origen no se deriva del artículo 76 de la ley 734 de 2002, sino que se dimanan del artículo 58 de la ley orgánica 5 de 1992.⁶²

5.1.2. El poder preferente no es absoluto

Siguiendo con nuestra argumentación, tenemos que existe interpretación jurisprudencial que enseña que entre las ramas del poder público no cabe el poder preferente del Ministerio Público, porque éste no es absoluto. Y la razón

⁶⁰ ARTÍCULO 3o. PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso.

<Apartes tachados INEXEQUIBLES> La Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura son competentes a prevención para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional.

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente.

⁶¹ Resolución interna 456 de 2017. Trámite del poder preferente sobre las oficinas de control interno.

⁶² ARTÍCULO 58. COMPOSICIÓN E INTEGRACIÓN. En cada una de las Cámaras funcionará una Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, compuesta por once (11) miembros en el Senado y diecisiete (17) en la Cámara de Representantes. Serán elegidos dentro de los primeros quince (15) días de la fecha de instalación o sesión inaugural, para el respectivo período constitucional.

Si vencido el término no se hubiere efectuado la elección, las Mesas Directivas de cada Cámara procederán a su integración, respetando la representación que deben tener las minorías.

Las Cámaras conservarán la facultad de integrarlas en todo tiempo.

Se reunirá por lo menos una vez al mes y se le prohíbe inmiscuirse por medio de resoluciones en asuntos de competencia privativa de otras autoridades.

estriba en el diseño constitucional colombiano el cual se basa, como hemos dicho, en el principio de los estados modernos de la *separación del poder público*.

Quiso el constituyente que cada rama del poder público tuviera un régimen disciplinario especial y una autoridad disciplinaria *principal y excluyente* del control *externo y preferente* de la Procuraduría General de la Nación.

Tal es el caso del poder disciplinario de la función pública de la *administración de justicia*, la cual por disposición constitucional (artículo 256 [3]) compete de manera *privativa* al Consejo Superior de la Judicatura adelantar la acción disciplinaria contra los funcionarios judiciales, sin que, sea posible el ejercicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional⁶³, la cual citamos *in extenso* por su importancia, de la siguiente forma:

“Para la Corte como ya se expresó atendida la especificidad de la función a cargo de los denominados funcionarios judiciales la mención de atribuciones en los artículos 256 y 277 constitucionales significa, por una parte, que al Procurador corresponde la vigilancia superior de la conducta oficial de los servidores públicos y que en cumplimiento de esta función habrá de poner en movimiento los mecanismos de control disciplinario e intervenir en los correspondientes procesos disciplinarios (artículo 277,6 C.P.) y por otra, que al Consejo Superior de la Judicatura, órgano integrante de la propia rama judicial, compete el examen de la conducta y la sanción de las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión en la instancia que señale la ley (artículo 256,3 C.P.).”

“En armonía con la conclusión expresada, la Corte, frente a las decisiones que se han traído a colación para marcar el derrotero observado por ella misma antes de esta providencia, encuentra necesario precisar que si bien en un primer momento la Corporación pudo hacer una interpretación diferente del artículo 277 numeral 6 y no señaló para el poder preferente a que aludía la norma limitación alguna⁶⁴, a partir de las decisiones en las que se aceptó que en este campo operaba una competencia a prevención entre la Procuraduría General de la Nación y los Consejos Superior y Seccional de la

⁶³ Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁴ Ver Sentencia C-417 de 1993 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Judicatura reorientó su interpretación de la Constitución en la dirección que ahora se hace más explícita en la presente sentencia.”

“En efecto, la Corte destaca que (i) tanto la competencia preferente como la competencia a prevención requieren que haya unidad en cuanto a la función que corresponde a las autoridades que concurren, lo cual como se ha señalado no sucede en el supuesto que se analiza pues bien entendido el contenido de los artículos 256-3-, y 277-6- es claro que en ellos no se establece una competencia con igual contenido tanto para la Procuraduría General de la Nación como para el Consejo Superior de la Judicatura; (ii) la aceptación de la competencia a prevención, comporta necesariamente, la aceptación, para el caso en análisis, de la inexistencia de un poder preferente, en cabeza de un órgano –Procuraduría General de la Nación-, llamado a desplazar a otro -Consejo Superior de la Judicatura-, por principio igualmente competente; (iii) por lo demás, si la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación pudiera predicarse en esta circunstancia, en ningún caso podría oponerse a dicho poder preferente el hecho de que el Consejo Superior o los Consejos seccionales de la Judicatura hayan asumido previamente competencia sobre un asunto disciplinario en el que se examine la conducta de un funcionario judicial.”

“Entonces, se reitera, es la jurisdicción disciplinaria constitucionalmente establecida la competente por asignación expresa del Constituyente para examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, sin que su competencia pueda ser enervada por la Procuraduría General de la Nación o por otra autoridad del Estado. (Subraya nuestra)”

Algo similar, por no decir que igual, ocurre con la *función pública congresional*, la cual por disposición también constitucional (artículo 185) difiere en el Reglamento del Congreso⁶⁵, el cual otorga competencia a las Comisiones de Ética de cada Cámara⁶⁶, para investigar a los congresistas, sin que, sea posible el ejercicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación.

⁶⁵ Ley 5 de 1992.

⁶⁶ Artículo 262 y siguientes de la Ley 5 de 1992, y la ley 1828 de 2017.

Así como la justificación para que la función pública de *administrar justicia* no sea pasible del poder disciplinario de la Procuraduría, consiste en que es una función pública especial y que su regulación deriva directamente de la Constitución; asimismo, *mutatis mutandi*, dicho razonamiento es aplicable a la función pública *congresional*, pues ésta es una función pública especial y reservada⁶⁷, y también su regulación se deriva directamente de la Carta Política.

Parafraseando las palabras de la Corte sobre la función de *administrar justicia* en la sentencia C-948 de 2002, aplicables al caso en ciernes, debemos señalar que *es la Comisión de Ética, la autoridad disciplinaria constitucionalmente establecida, la competente por asignación expresa del Constituyente para examinar la conducta y sancionar las faltas de los congresistas, sin que su competencia pueda ser enervada por la Procuraduría General de la Nación o por otra autoridad del Estado.*

En sana lógica, debemos indicar que el Constituyente quiso que en Colombia existiera un poder disciplinario general contra los servidores públicos en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, pero sin perjuicio de algunos regímenes especiales con sus respectivas autoridades especiales. En efecto, determinó que los jueces, magistrados y fiscales tuvieran un régimen especial disciplinario con una autoridad especial como lo es el Consejo Superior de la Judicatura. Así también instituyó que los congresistas tuvieran un régimen especial disciplinario con una autoridad especial para investigarlos en cabeza de las Comisiones de Ética del Congreso de la República.

En efecto, quiso que lo que pasara en la Rama Judicial se quedara en la Rama Judicial; asimismo, pensó el Constituyente que lo que pasara en el Congreso de la República se quedara en el Congreso de la República. Y, finalmente, quiso el Constituyente que lo que pasara en toda la Rama Ejecutiva del poder público fuera competencia de la Procuraduría General de la Nación.

En ese sentido, consideramos que la competencia disciplinaria sobre la *función pública congresional* de los legisladores sólo tiene dos extremos. Uno de manera *principal y excluyente* en cabeza de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congreso de los Congresistas según las conductas señaladas en la ley 1828, y otro, de manera *residual* por parte de la Procuraduría General de la Nación

⁶⁷ Porque sólo los congresistas tienen poder político. Artículo 150 de la Constitución.

para las conductas que excedan las consignadas en la ley 1828, sin que pueda predicarse un tercer ámbito de competencia *compartido* entre las dos autoridades disciplinarias, con aplicación del *poder preferente* del señor Procurador General de la Nación.

Conclusión

Al inicio de este escrito delimitamos el objeto de nuestro estudio en una cuestión que indaga sobre ¿quién es la autoridad competente para conocer disciplinariamente las conductas de los congresistas, la Procuraduría General de la Nación o las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista?

Anunciamos con honestidad en la introducción de nuestro examen que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en decisión judicial reciente,⁶⁸ resolvió el interrogante definiendo tres ámbitos de competencia entre las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista y la Procuraduría General de la Nación, con posibilidad del ejercicio del *poder preferente* del Ministerio Público sobre las conductas de los legisladores cuando atenten contra la función pública congresional, distintas de las relacionadas con sus votos y opiniones.

Sin embargo, en el decurso de nuestro análisis surgieron nuevos interrogantes sobre el ejercicio del *poder preferente* de la Procuraduría General de la Nación. Lo anterior, por cuanto el régimen disciplinario de los congresistas es especial y, por ende, goza de un carácter autónomo e independiente, el cual, según la ley 1828 de 2017 define la competencia disciplinaria de las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista de manera principal y excluyente, mientras que el de la Procuraduría General de la Nación es por esencia residual, sin posibilidad del ejercicio de su *poder preferente*.

Esta postura, la fundamos en la interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional que enseña que entre las ramas del poder público no cabe el *poder preferente* del Ministerio Público, porque éste no es absoluto, pues, conforme al diseño constitucional colombiano, impera la teoría moderna de la *separación de las ramas del poder público*.

⁶⁸ Decisión de 12 de diciembre de 2019. Conflicto positivo de competencias entre la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación y la Comisión de Ética del Congresista del Senado de la República. Rad. 11001 03 06 000 2019 00159 00. Consejero Ponente. Doctor Óscar Darío Amaya Navas

Evidentemente, sobre este asunto no se ha dicho la última palabra. Vendrán, seguramente, nuevas decantaciones de la jurisprudencia y, por supuesto, de la academia, que ayuden a consolidar el correcto entendimiento de este régimen disciplinario especial.

Por lo pronto, queremos contribuir con sencillez en estas pocas líneas a dilucidar el aspecto de la competencia disciplinaria sobre los congresistas, que, a juzgar, por los grandes interrogantes que se generaran con la aplicación del régimen de la ley 1828 de 2017 de conformidad con la tesis de competencia *compartida* del Consejo de Estado; la cuestión que acabamos de analizar es un asunto menor.

Como epílogo y a la vez acicate intelectual, queremos dejar planteada una nueva cuestión sobre la cual podemos seguir cavilando este régimen especial. Y es determinar las repercusiones de la tesis del Consejo de Estado sobre la competencia *compartida* entre las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista y la Procuraduría General de la Nación, en lo que tiene que ver con el régimen sustancial de las faltas disciplinarias, sus sanciones y procedimiento, sobre todo cuando, según el Consejo de Estado se permite el *poder preferente* sobre conductas que atenten contra la función pública congresional contenidas en la ley 1828 de 2017. En este caso, nos preguntamos ¿qué ocurre? Cuando la Procuraduría asume competencia, ¿continúa su instrucción y juzgamiento bajo el régimen especial de faltas, sanciones y procedimiento que trae la ley 1828, o se cambia a la ley 734 de 2002? Esta es una de las tantas cuestiones que surgirán en el desarrollo de este régimen especial y sobre el cual aspiramos continuar aportando algunos análisis.