



## COMUNICADO 40

Noviembre 30 de 2022

### SENTENCIA C-437-22

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Expediente D-14437

Norma acusada: Ley 1978 de 2019 (art. 33 parcial)

EL MANTENIMIENTO DE OBLIGACIONES ECONÓMICAS DURANTE EL PERIODO DE TRANSICIÓN A CARGO DE LOS OPERADORES ESTABLECIDOS QUE PRESTAN EL SERVICIO DE TELEVISIÓN ABIERTA RADIODIFUNDIRA, QUE SE ACOJAN O SE ACOGIERON AL RÉGIMEN DE HABILITACIÓN GENERAL, SE AJUSTA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y POR LO TANTO NO VIOLA LOS DERECHOS A LA IGUALDAD, A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y AL PLURALISMO INFORMATIVO.

### 1. Norma objeto de control constitucional

#### “Ley 1978 de 2019

(julio 25)<sup>1</sup>

*“Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones”*

El Congreso de Colombia

Decreto

[...]

#### ARTÍCULO 33. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA LOS OPERADORES DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN ABIERTA RADIODIFUNDIRA.

Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, así como renovarlos, bajo la normatividad legal vigente al momento de su expedición, y con efectos solo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones.

Los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la

presente ley que se acojan al régimen de habilitación general, se someterán a las reglas definidas en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. **Una vez en el régimen de habilitación general y durante el período de transición, los operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida pagarán:**

**a) Lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 62 de la Ley 182 de 1995, y**

**b) el precio de la concesión o de su prórroga, que se encuentre pendiente por pagar al momento en que se acojan al régimen de habilitación general, distribuido en pagos anuales. Los saldos pendientes de pago serán ajustados en el mismo porcentaje de variación anual del Índice de Precios al Consumidor (IPC).**

**Una vez finalizado el periodo de transición, les será aplicable la contraprestación única periódica señalada en los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009 y, entre otros, ya no les serán aplicables los literales a) y b) del presente artículo.**

La inclusión en el régimen de habilitación general de los operadores del servicio de televisión abierta

<sup>1</sup> Diario Oficial No. 1.025 del 25 de julio de 2019.

radiodifundida no implica la modificación de la clasificación legal de este servicio conforme lo define la Ley 182 de 1995. Esto incluye el cumplimiento de todas las demás obligaciones de origen legal, reglamentario, regulatorio, aplicables al servicio.

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** <Parágrafo adicionado por el artículo 2 del Decreto

Legislativo 658 de 2020.<sup>2</sup> El nuevo texto es el siguiente:> El pago anual correspondiente al año 2020, de que trata el literal b) del presente artículo, será aplazado hasta el año 2021, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamentará la materia.”

## 2. Decisión

**ÚNICO.** Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, los apartes demandados del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019, *“Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones.”*

## 3. Antecedentes

Varios ciudadanos demandaron la inconstitucionalidad de una parte del artículo 33 de la Ley 1978 de 2019 porque, en su opinión, éste desconoce el derecho a la igualdad y supone un trato discriminatorio para los operadores establecidos que prestan el servicio de televisión abierta radiodifundida y que se acogieron al régimen de habilitación general y durante el período de transición, en comparación con los nuevos operadores que podían entrar al mercado para prestar el mismo servicio. A juicio de los demandantes, la norma les impuso a los operadores establecidos que prestan el servicio de televisión abierta radiodifundida la obligación de pagar durante el período de transición: a) una contraprestación equivalente al 1.5% de la facturación bruta anual a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y b) el precio de la concesión o de su prórroga que se encontrara pendiente de pago al momento de acogerse voluntariamente al esquema de habilitación general, mientras que los nuevos operadores de ese mismo servicio de televisión abierta radiodifundida que entrarían al mercado a partir de 2019, únicamente tendrían que pagar el valor de una contraprestación periódica única. Este trato diferenciado, a su modo de ver, no está justificado y, por lo mismo, vulnera el derecho a la igualdad de los operadores establecidos y, de contera, el derecho a la libertad de información y al pluralismo

---

<sup>2</sup> El Decreto Legislativo 658 de 2020 fue declarado exequible en la Sentencia C-352 de 2020.

informativo en cuanto impone tratos discriminatorios en el uso del espectro electromagnético y la posibilidad de divulgar información en condiciones de equidad.

Los demandantes afirmaron que los operadores entrantes y los operadores establecidos comparten un patrón de igualdad por cuanto: a) compiten por la misma audiencia, b) compiten por el mismo mercado publicitario, c) difunden sus señales a través del espectro electromagnético, d) cualquier persona que se encuentre en el área de cubrimiento puede recibir su señal; y, e) operan directamente sus frecuencias. Dicho de otro modo, ambos grupos prestan el servicio público de televisión abierta radiodifundida en las mismas condiciones.

#### **4. Síntesis de los fundamentos**

Con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, la Sala Plena de la Corte concluyó que si bien es cierto que la disposición acusada prevé un trato diferenciado para sujetos asimilables que, *prima facie*, podría afectar el derecho a la igualdad, sin embargo, dado que en presencia de un mercado de servicios como es el de la televisión abierta radiodifundida que no es de competencia perfecta, la Constitución no prohíbe de manera categórica las diferencias de trato que en él se presenten, lo que implica que algunas medidas que produzcan asimetrías no son violatorias de la Constitución. Para tal efecto, la Corte analizó la razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado identificado mediante la aplicación de un test integrado de igualdad.

En tal virtud, la Corte señaló que el régimen de transición, tal como está contemplado en la ley, es un período en el cual quien voluntariamente renuncia a la concesión se somete a las reglas del régimen de habilitación hasta el término de la concesión renunciada, pero conserva a su cargo las obligaciones dinerarias del régimen antiguo.

A su vez, la Sala Plena encontró que la introducción de reglas que prescriben cargas económicas diferenciadas para nuevos operadores del servicio de televisión abierta radiodifundida respecto de los operadores establecidos genera un fuerte incentivo para la entrada de nuevos actores a este mercado, lo que beneficia no solo la extensión de infraestructura de redes para la operación del servicio de televisión, sino que puede generar inversiones nuevas en proyectos tendientes al cierre de la brecha digital que es una finalidad esencial de la ley en la cual se inserta la norma demandada.

En particular, dado que los operadores establecidos han prestado el servicio de televisión abierta radiodifundida de forma continua por más de 20 años, la entrada de nuevos competidores al mercado que deben hacer inversiones nuevas para prestar el servicio, producir contenidos y atraer anunciantes, entre otros, no sería atractiva si los costos por la operación de las redes que deben ser pagados al Estado fueran los mismos que asumen aquellos que ya tienen un mercado consolidado. De forma que un precio diferenciado, potencialmente inferior a aquél que pagan los competidores que se han repartido el mercado de la televisión abierta radiodifundida por más de 20 años, resulta una medida efectivamente conducente para alinear los incentivos necesarios para atraer nuevos actores privados que inyecten recursos al sector, y por esa vía mejoren la prestación del servicio público de televisión abierta radiodifundida. Además, la atracción de nueva inversión a este mercado por efecto del pago de un precio diferenciado como contraprestación conduce efectivamente y en forma directa a la vinculación del sector privado en el desarrollo de los proyectos asociados al cierre de la brecha digital.

Dado que los cargos formulados por desconocimiento del derecho a la libertad de información y el pluralismo informativo tenían como presupuesto la existencia de un trato discriminatorio, en la disposición acusada, la Sala Plena concluyó que estos cargos debían negarse por sustracción de materia. Por lo tanto, la Corte declaró la exequibilidad de la norma acusada por el cargo analizado.

#### **4. Salvamentos y aclaraciones de voto**

Las magistradas **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y **DIANA FAJARDO RIVERA** salvaron su voto. Por su parte, la magistrada **PAOLA MENESES MOSQUERA** y los magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** y **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** reservaron la posibilidad de aclarar su voto.

La magistrada **Cristina Pardo** salvó su voto respecto de la decisión de exequibilidad adoptada en el expediente de la referencia, al considerar que ha debido prosperar el cargo por violación del derecho a la igualdad formulado en la demanda.

A su parecer, a pesar de las diferencias que podrían establecerse entre los operadores establecidos y los entrantes, lo cierto es que frente a la evidente realidad de ser unos y otros competidores en un mercado que debe garantizar la libre competencia económica, la Corte ha debido profundizar en la situación en que quedaban los operadores establecidos, tanto si voluntariamente se acogían al nuevo sistema como

si no lo hacían. En uno y otro caso, operar en el mercado abierto de Televisión Radiodifundida después de la expedición de la norma acusada podría generarles desventajas competitivas ocasionadas justamente por dicha norma.

Ciertamente, el inciso 2º del artículo 333 de la Constitución prevé que “[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. La jurisprudencia de la Corte constitucional ha explicado que el ámbito de protección del derecho a la libre competencia en su faceta individual comprende fundamentalmente dos posiciones jurídicas<sup>3</sup>. Primero, la facultad de concurrir libremente al mercado “*sin barreras injustificadas*”<sup>4</sup>. Las barreras de entrada son las “*condiciones restrictivas*”<sup>5</sup> o factores que “*impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado*”<sup>6</sup>. Estas barreras pueden ser jurídicas, estructurales<sup>7</sup>, estratégicas<sup>8</sup>, económicas<sup>9</sup>, y técnicas, entre otras<sup>10</sup>. Segundo, la prerrogativa de participar en el mercado en “*igualdad de condiciones con los demás competidores*”<sup>11</sup>. Esta prerrogativa es una manifestación del principio de igualdad en el campo de las libertades económicas que (i) exige que existan “*pautas o reglas de juego generales e impersonales*”<sup>12</sup> aplicables a todos los competidores y (ii) impide que la ley otorgue “*ventajas competitivas*”<sup>13</sup>, “*privilegios injustificados*”<sup>14</sup>, “*beneficios ilegítimos*”<sup>15</sup> o imponga “*cargas diferenciadas irrazonables*”<sup>16</sup> que sitúen a uno de los competidores en una posición de inferioridad (o superioridad) para formar y mantener una clientela<sup>17</sup>.

---

<sup>3</sup> Sentencias C-815 de 2001, C-389 de 2002, C-197 de 2012 y C-909 de 2012.

<sup>4</sup> Sentencias C-228 de 2010 y C-947 de 2014.

<sup>5</sup> Sentencias C-713 de 2009, C-300 de 2012 y C-359 de 2016.

<sup>6</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 57600 del 28 de octubre de 2019. Ver también, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81391 del 11 de diciembre de 2017.

<sup>7</sup> La Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado que dentro las barreras estructurales se encuentran: la inversión inicial, las economías de escala, los costos hundidos y el reconocimiento de marca, entre otros. Al respecto, ver: Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81391 del 11 de diciembre de 2017.

<sup>8</sup> La OCDE ha precisado que las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas: las primeras, están relacionadas con condiciones básicas de la industria, mientras que las barreras estratégicas son aquellas creadas intencionalmente por los agentes incumbentes para restringir la entrada de nuevos competidores. OCDE, *Barriers to Entry, Policy Roundtables* (2005), pág. 10.

<sup>9</sup> Sentencia C-750 de 2008.

<sup>10</sup> Id.

<sup>11</sup> Sentencia C-992 de 2006.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 9 de marzo de 2017, Rad. 11001-03-27-000-2016-00004-00 (22324), CP. Jorge Octavio Ramírez.

<sup>13</sup> Sentencia C-654 de 2003.

<sup>14</sup> Sentencias C-350 de 1997, C-361 de 2002 y C-034 de 2015.

<sup>15</sup> Sentencias C-150 de 2003 y C-263 de 2013.

<sup>16</sup> Sentencia C-287 de 2009.

<sup>17</sup> Sentencia C-032 de 2017.

Al parecer de la magistrada Pardo, como bien lo explicó el experto invitado a participar dentro del proceso, ciudadano Alfredo Fajardo Muriel, la norma acusada, particularmente su inciso segundo, tolera *“mejores condiciones de competitividad para los nuevos operadores del servicio de televisión abierta que surjan en el mercado, mientras que perpetua en el tiempo las antiguas condiciones económicas que se continuarían aplicando a los operadores existentes hagan o no tránsito al nuevo régimen, quienes no reciben un trato siquiera similar al que tendrían los nuevos operadores de televisión.”*<sup>18</sup>.

Esta circunstancia, a juicio de la magistrada Pardo, hace que la norma opere como una disposición que tolera cargas diferenciadas irrazonables. Por ello ha debido declararse su inexecutableidad.

Por su parte, la magistrada **Diana Fajardo** salvó el voto al considerar que la mayoría debió inhibirse de emitir una decisión de fondo. Sostuvo que la demanda incumplía la carga argumentativa mínima exigida, aunado a que introducía elementos ajenos al control abstracto de constitucionalidad.

En primer lugar, explicó que los dos cargos presentados por los accionantes, esto es el de vulneración del principio de igualdad y el relacionado con la violación de la libertad de expresión del derecho a fundar medios masivos de comunicación y acceder equitativamente al espectro electromagnético se cimentaron en el mismo argumento de trato odioso e injustificado, es decir no eran acusaciones autónomas, como lo consideró la mayoría decisoria.

Así mismo, en relación con la exigencia de plantear el patrón de comparación la magistrada Fajardo destacó que, si bien los actores indicaron que debían equipararse dos grupos a saber, “los establecidos” y “los entrantes”, lo cierto es que esa categoría resultaba hipotética y ajena al contenido normativo el cual no incorpora esa distinción, es decir que es artificiosa. Siendo esto así no solo el escrito carecía de claridad, sino también de certeza por lo que la Corte no podía validar una distinción que la propia norma no contempla.

Resaltó que no era posible sostener que los operadores de televisión abierta, regidos por un régimen especial, con concesión, autorización o permiso, pudieran ser equivalentes a operadores nuevos que no contaban con un acuerdo legal previo, como se sostenía en la

---

<sup>18</sup>Expediente de constitucionalidad D- 14437. Concepto técnico del experto Alfredo Fajardo Muriel, p. 4.

demanda, pues ambos están en situaciones diferentes, no asimilables como lo entendió la mayoría de la Sala.

Por último, destacó que la Corte debió advertir que el escrito no planteaba una controversia constitucional, sino una discusión eminentemente económica, que no debió conducir a una decisión de fondo y, menos, a referirse expresamente al contenido de los acuerdos de los actuales canales que operan la televisión abierta, por tratarse además de un análisis de control concreto que es ajeno a esta sede de constitucionalidad.

### **SENTENCIA C-438-22**

**M.P. Jorge Enrique Ibáñez**

**Expediente D-14763**

**Norma acusada: Ley 2195 de 2022 (art. 37)**

**CORTE DECLARÓ INEXEQUIBLE NORMA QUE FACULTABA A LAS CONTRALORÍAS PARA DECLARAR RESPONSABILIDAD FISCAL RESPECTO DE LOS PARTICULARES QUE PARTICIPEN, CONCURRAN, INCIDAN O CONTRIBUYAN DIRECTA O INDIRECTAMENTE EN LA PRODUCCIÓN DE DAÑOS AL PATRIMONIO PÚBLICO Y QUE, SIN SER GESTORES FISCALES, CON SU ACCIÓN DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA OCASIONEN DAÑOS A LOS BIENES PÚBLICOS, INMUEBLES O MUEBLES, POR CUANTO DESCONOCE LAS COMPETENCIAS ATRIBUIDAS POR LA CONSTITUCIÓN A LAS CONTRALORÍAS Y POR CUANTO EXISTEN OTROS MECANISMOS JUDICIALES PARA LOGRAR EL RESARCIMIENTO DEL PATRIMONIO A FAVOR DEL ESTADO**

## **1. Norma objeto de control constitucional**

### **Ley 2195 DE 2022**

(enero 18)

*Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.*

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

(...)

**ARTÍCULO 37. RESPONSABILIDAD FISCAL DE LAS PERSONAS QUE OCASIONEN DAÑOS AL ESTADO.** Los particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público y que, sin ser gestores fiscales, con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos, inmuebles o muebles, serán objeto de responsabilidad fiscal en los términos del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y demás normas que desarrollan la materia.

Para estos efectos, una vez se abra la correspondiente noticia criminal, la Fiscalía General de la Nación remitirá copia e informará lo correspondiente al órgano de control fiscal competente y a la Procuraduría General de la Nación”.

## 2. Decisión

**ÚNICO.** Declarar **INEXEQUIBLE**, el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, “[p]or medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”

## 3. Síntesis de los fundamentos

La Corte, con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najjar señaló que, si bien la lucha contra la corrupción comporta un objetivo relevante y primordial para el Estado, esta finalidad de ninguna manera puede desconocer el diseño constitucional sobre la responsabilidad fiscal y las competencias que en esta materia fueron atribuidas a la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Así, de cara a la interpretación constitucional que se ha consolidado en distintos precedentes sobre el alcance de la gestión fiscal aplicada a los particulares constituye un elemento esencial para poder predicar una eventual responsabilidad fiscal que se constate que actúan como gestores fiscales porque manejan, administran y/o disponen recursos o bienes públicos.

La Corte precisó que el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución delimita la competencia del Contralor de la República, cuando le atribuye “establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal”. Esta norma superior complementa y desarrolla el contenido del artículo 119 de la Carta, que señala: “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”. E incluso, el artículo 267 modificado por el Acto Legislativo 4 de 2019 refuerza que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización y al cumplimiento de su misión constitucional.

En esa medida, para la Corte, el artículo 37 censurado desconoce los postulados anteriormente señalados, puesto que desborda la competencia atribuida a la Contraloría General de la República, como también, a las contralorías territoriales, en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución.

Finalmente, la Corte recordó que para aquellos eventos que escapen al control fiscal y en los cuales el Estado deba ser indemnizado o resarcido por sufrir un detrimento, menoscabo o inutilización de sus bienes, existen otros mecanismos judiciales.

#### 4. Aclaración de voto

La magistrada **PAOLA MENESES MOSQUERA** se reservó la posibilidad de una aclaración de voto.

#### SENTENCIA C-439-22

**M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar**

**Expediente D-14595**

**Norma acusada: Ley 2111 de 2021 (art. 1º parcial)**

LA CORTE RESOLVIÓ ESTARSE A LO RESUELTO EN LA SENTENCIA C-411 DE 2022, MEDIANTE LA CUAL DECLARÓ INEXEQUIBLE EL ARTÍCULO 1º (PARCIAL) DE LA LEY 2111 DE 2021 “POR MEDIO DE LA CUAL SE SUSTITUYE EL TÍTULO XI “DE LOS DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE” DE LA LEY 599 DE 2000, SE MODIFICA LA LEY 906 DE 2004 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”, ESPECÍFICAMENTE EN LO QUE RESPECTA A LOS ARTÍCULOS 337 Y 337A QUE CONSAGRARON LOS DELITOS DE APROPIACIÓN ILEGAL DE LOS BALDÍOS DE LA NACIÓN Y SU FINANCIACIÓN

#### 1. Norma objeto de control constitucional

**“Ley 2111 de 2021**  
(julio 29)<sup>19</sup>

*Por medio del cual se sustituye el título XI de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente de la ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones*

*El Congreso de Colombia,  
Decreta  
(...)*

**ARTÍCULO 1º.** Sustitúyase el Título XI, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” Capítulo Único, Delitos contra los recursos naturales y

medio ambiente, artículos 328 a 339, del Libro II, PARTE ESPECIAL DE LOS DELITOS EN GENERAL de la Ley 599 de 2000, por el siguiente:

(...)

#### **CAPÍTULO V**

#### **DE LA APROPIACIÓN ILEGAL DE BALDÍOS DE LA NACIÓN**

**Artículo 337. Apropiación ilegal de baldíos de la Nación.** El que usurpe, ocupe, utilice, acumule, tolere, colabore o permita la apropiación de baldíos de la Nación, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá en prisión de sesenta (60) a ciento cuarenta y cuatro

---

<sup>19</sup> Diario Oficial No. 51.750 del 29 de julio de 2021.

(144) meses y multa de ciento cuarenta (140) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se ajuste a lo descrito en el artículo 323 de lavado de activos y despojo de tierras.

**PARÁGRAFO 1º.** La conducta descrita en este artículo no será considerada delito si la misma se ajusta a los condicionamientos y requisitos señalados en la Ley 160 de 1994, así como en el Decreto Ley número 902 de 2017 para la adjudicación de bienes baldíos.

**PARÁGRAFO 2º.** Cuando la conducta descrita en el artículo anterior sea cometida por personas campesinas, indígenas o afrodescendientes, que dependa su subsistencia de la habitación, trabajo o aprovechamiento de los baldíos de la nación no habrá lugar a responsabilidad penal.

**Artículo 337A. Financiación de la apropiación ilegal de los baldíos de la nación.** El que directa o indirectamente provea, recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie, patrocine, induzca, ordene o dirija la apropiación ilegal de baldíos de la nación descrito en el artículo anterior, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de trescientos (300) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los bienes muebles, inmuebles o semovientes encontrados en los baldíos ilegalmente apropiados.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se ajuste a lo descrito en el artículo 323 de lavado de activos."

## 2. Decisión

**ÚNICO. ESTARSE A LO RESUELTO** en la Sentencia C-411 de 2022, en la cual se declaró **INEXEQUIBLE** "el artículo 1º (parcial) de la Ley 2111 de 2021 'Por medio de la cual se sustituye el título XI "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente" de la Ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones, específicamente en lo que respecta a los artículos 337 y 337A."

## 3. Síntesis de los fundamentos

En esta oportunidad la Corte debía ocuparse de decidir una demanda de inconstitucionalidad de la que solo se admitió un cargo en que se afirmaba que los delitos de *apropiación ilegal de los baldíos de la nación* y *financiación de la apropiación ilegal de los baldíos de la nación* contemplados en los artículos 337 y 337A de la Ley 599 de 2000, respectivamente, contrariaban los mandatos contenidos en los artículos 157, 158 y 160 de la Constitución Política, por desconocer los principios de consecutividad e identidad flexible y el de unidad de materia.

Empero, en el curso del proceso, concretamente el 23 de noviembre del año en curso, las normas legales que contemplaron los tipos penales demandados dejaron de existir en el ordenamiento jurídico, pues la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-411 de 2022, declaró “*INEXEQUIBLE el artículo 1º (parcial) de la Ley 2111 de 2021 “Por medio de la cual se sustituye el título XI “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” de la Ley 599 de 2000, se modifica la Ley 906 de 2004 y se dictan otras disposiciones”, específicamente en lo que respecta a los artículos 337 y 337A.*”

En consecuencia, la Corte declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-411 de 2022, pues a raíz de la declaratoria de inexecutable de las normas acusadas se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta.

#### **4. Salvamento y aclaraciones de voto**

El magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** se apartó de la decisión mayoritaria y salvó el voto por las siguientes razones:

1. Frente al mismo cargo la Corte, mediante la Sentencia C-366 de 2022, se declaró inhibida para decidir de fondo. En aquella oportunidad la Corte concluyó que la demanda no cumplía con la carga argumentativa. En esta ocasión, sin embargo, desconociendo sus propios argumentos y sin justificar su cambio de postura, decidió pronunciarse sobre la demanda.

2. En efecto, el cargo por vulneración del principio de unidad de materia adolece, en este caso, del mismo déficit argumentativo que fue determinante para la inhibición de la sentencia C-366 de 2022: “*la demanda carece de certeza. Esto, porque la parte actora supone, sin fundamento y de manera equivocada, que el delito de apropiación ilegal de baldíos únicamente protege la propiedad estatal, con lo que, además, pasa por alto la existencia de tipos penales pluriofensivos.*” La demanda que aquí se decidió afirma en términos análogos que el delito de apropiación ilegal de baldíos protege la propiedad privada, pero, en ningún caso, el medio ambiente, ignorando que en los delitos pluriofensivos el legislador puede asignar mayor relevancia al que considere un interés superior.

3. Adicionalmente, la demanda que se estudia en este caso añade a este cargo la supuesta vulneración del principio de consecutividad sin dar razones adicionales, específicas y suficientes. Simplemente se afirma que en segundo debate se introdujeron los artículos demandados.

En consecuencia, el cargo es inepto y la Corte debió declararse inhibida. En todo caso, al proceder al estudio de fondo, le era imperativo explicar por qué en este caso no son aplicables los argumentos esgrimidos para dicha inhibición cuando se trata de un cargo análogo y argumentaciones coincidentes.

## **SENTENCIA C-440-22**

**M.P. Alejandro Linares Cantillo**

**Expediente D-14802**

**Norma acusada: inciso segundo del artículo 102 e inciso cuarto del artículo 106 de la Ley 1123 de 2007.**

**CORTE DECLARÓ LA EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 102 (PARCIAL) Y 106 (PARCIAL) DE LA LEY 1123 DE 2007, EN RELACIÓN CON LA CONCURRENCIA DE FUNCIONES DE INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS ABOGADOS EN EJERCICIO**

### **1. Norma objeto de control constitucional**

**“LEY 1123 DE 2007  
(Enero 22)**

*Por la cual se establece el Código  
Disciplinario del Abogado*

EL CONGRESO DE COLOMBIA  
DECRETA:

(...)

**Artículo 102. Iniciación mediante queja o informe.** La queja o informe podrá presentarse verbalmente o por escrito, ante las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccional o Superior de la Judicatura, o ante cualquier autoridad pública, en cuyo caso la remitirá de inmediato a la Sala competente en razón del factor territorial. La actuación en primera instancia estará a cargo del Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura que le haya correspondido en reparto **hasta el momento de dictar sentencia, determinación que se emitirá por la Sala plural respectiva.**

[...]

**Artículo 106. Audiencia de juzgamiento.**

En la audiencia pública de juzgamiento se practicarán las pruebas decretadas, evacuadas las cuales se concederá el uso de la palabra por un breve lapso y evitando las prolongaciones indebidas, en el siguiente orden: al representante del Ministerio Público si concurriere, al disciplinable y a su defensor, si lo hubiere, al cabo de lo cual se dará por finalizada la audiencia.

Si agotada la fase probatoria, el funcionario advierte la necesidad de variar los cargos, así lo declarará de manera breve y motivada, en cuyo caso los intervinientes podrán elevar una nueva solicitud de pruebas, evento en el cual se procederá conforme a lo indicado en los incisos segundo y tercero del artículo precedente; sin pruebas por practicar o evacuadas las ordenadas, se concederá el uso de la palabra por un lapso no superior a veinte minutos, en el siguiente orden: al representante del Ministerio Público si concurriere, al disciplinable y a su

defensor si lo hubiere, al cabo de lo cual se dará por finalizada la audiencia.

Las nulidades generadas y planteadas con posterioridad a la audiencia de pruebas y calificación serán resueltas en la sentencia.

**El magistrado ponente dispondrá de cinco (5) días para registrar el proyecto de fallo**, y la Sala de cinco (5) días para proferir sentencia, que solo deberá contener:

1. La identidad del investigado.

2. Un resumen de los hechos.

3. Análisis de las pruebas que dan la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del implicado, la valoración jurídica de los cargos, de los argumentos defensivos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas.

4. Fundamentación de la calificación de la falta y culpabilidad y de las razones de la sanción o de la absolución, y

5. La exposición debidamente razonada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción.»

## 2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos examinados en esta sentencia, los enunciados "*hasta el momento de dictar sentencia, determinación que se emitirá por la Sala plural respectiva*" y "*[e]l magistrado ponente dispondrá de cinco (5) días para registrar el proyecto de fallo*", contenidos respectivamente en el inciso 2º del artículo 102 y en el inciso 4º del artículo 106 de la Ley 1123 de 2007, "*Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado*".

## 3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena estudió una demanda de inconstitucionalidad contra dos disposiciones del Código Disciplinario del Abogado, en virtud de las cuales se establece que, en el marco de la actuación disciplinaria que se adelanta contra los abogados en ejercicio, el magistrado al que corresponda por reparto la queja o informe llevará a cabo la instrucción a lo largo de la primera instancia hasta el momento en que se profiera sentencia por la sala plural respectiva, mismo funcionario que registrará el proyecto de fallo dentro de un término de cinco días.

El promotor de la acción formuló dos cargos en la demanda. En primer lugar, alegó la violación del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en concordancia con los artículos 29 y 93 de la Constitución Política, esgrimiendo al efecto que las normas acusadas desconocen las garantías judiciales y el derecho a un juez imparcial, en la medida en que permiten que el operador que se hizo cargo de la instrucción y calificación de la falta disciplinaria sea el mismo que funge como ponente en la fase de juzgamiento. En segundo lugar, el demandante alegó la vulneración del artículo 13 superior, debido a que

en su criterio, las disposiciones objeto de censura lesionan el derecho a la igualdad, toda vez que la división de las facultades de instrucción y juzgamiento solo aplica actualmente para el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados públicos, mas no para los procesos disciplinarios contra los abogados en ejercicio de su profesión.

Como cuestiones previas, la Sala Plena examinó la aptitud sustantiva de la demanda, evaluó la configuración del fenómeno de cosa juzgada, y se pronunció respecto de una solicitud de integración de la unidad normativa. En cuanto a lo primero, determinó que era admisible el cargo relativo al desconocimiento de la garantía de juez disciplinario imparcial como parte del debido proceso, pero no así el cargo asociado a la afectación del derecho a la igualdad, el cual encontró inepto por falta de especificidad y suficiencia en la carga argumentativa que debía satisfacer el ciudadano demandante. Seguidamente, se advirtió la configuración de una cosa juzgada constitucional formal y relativa explícita respecto de la sentencia C-328 de 2015, lo cual no obsta para llevar a cabo el juicio de validez constitucional propuesto por cuanto en esta oportunidad se plantea un cargo que no ha sido objeto de pronunciamiento previo. Como último aspecto preliminar, se estableció que no es procedente acceder a la solicitud de integración de la unidad normativa planteada por uno de los intervinientes.

Al emprender el análisis de mérito, la Corte aplicó un juicio de proporcionalidad de intensidad débil, teniendo en cuenta la naturaleza de los preceptos acusados, en tanto están insertos en la regulación del procedimiento disciplinario para los abogados en ejercicio de su profesión. Respecto de esta materia, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el Legislador goza de un amplio margen de configuración, atendiendo lo dispuesto en los artículos 150 y 257A de la Constitución.

Bajo esta metodología, se determinó que las normas procedimentales cuestionadas, al dejar en cabeza de un mismo funcionario competencias de instrucción y de juzgamiento de las conductas de los abogados en ejercicio de su profesión, persiguen un fin no prohibido, asociado a la necesidad de asegurar la celeridad y la eficacia en el trámite de estas investigaciones disciplinarias de la profesión, así como de contribuir a solventar la problemática de congestión judicial en este ámbito. Asimismo, se estableció que el medio elegido por el Legislador para la consecución del mencionado fin tampoco está proscrito por la Constitución y, adicionalmente, es adecuado para lograr el propósito perseguido. En efecto, se trata de la implementación de un mecanismo que, con plena observancia de las garantías fundamentales del debido

proceso, favorece el ágil y correcto impulso del procedimiento disciplinario de los abogados en ejercicio por parte del magistrado sustanciador en primera instancia, defiriendo la decisión de fondo a una sala plural.

La Corte enfatizó que la garantía de imparcialidad, como elemento axial del debido proceso, no resulta afectada en su dimensión objetiva por el simple hecho de que en un mismo funcionario concurren funciones de instrucción y juzgamiento. Así se ha constatado en pronunciamientos anteriores en los que se ha planteado la misma cuestión, como en la sentencia C-762 de 2009, a propósito del procedimiento administrativo sancionatorio que se adelanta ante tribunales de ética médica y C-450 de 2015, en relación con el procedimiento del recurso extraordinario especial de revisión contra las sentencias de pérdida de investidura ante el Consejo de Estado. Para la Corte es posible mantener rasgos inquisitivos que no violen el núcleo esencial de las garantías básicas del debido proceso. La separación de funciones de investigación y juzgamiento no es la única forma de garantizar la imparcialidad objetiva en procesos sancionatorios en contra de abogados en ejercicio.

En ese sentido, se concluyó que los enunciados normativos demandados no comportan una violación de las garantías constitucionales de que son titulares los profesionales del derecho sometidos al régimen contemplado en la Ley 1123 de 2007. También se señaló que el Legislador, conforme al amplio margen de configuración que le reconoce la Carta Política en la materia, conserva la facultad de introducir o no modificaciones dentro del procedimiento sancionatorio a que se alude, en lo que atañe a la asignación de las funciones de instrucción y juzgamiento. El Legislador podría en un futuro, con el propósito de ampliar la garantía del debido PROCESO PARA EXAMINAR LA CONDUCTA Y SANCIONAR LAS FALTAS DE LOS ABOGADOS EN EJERCICIO DE LA PROFESIÓN, ESTABLECER LA SEPARACIÓN ENTRE FUNCIONES DE INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO EN EL SENO DE LAS COMISIONES SECCIONALES DE DISCIPLINA JUDICIAL.

#### **4. Salvamento y aclaraciones de voto**

Frente a la decisión adoptada por la mayoría salvaron voto las magistradas **DIANA FAJARDO RIVERA** y **NATALIA ÁNGEL CABO**, y los magistrados **JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ** y **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**. A su turno, los magistrados **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** y **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**, se reservaron la posibilidad de aclarar su voto.

La magistrada **Diana Fajardo** y el magistrado **Juan Carlos Cortés** presentaron salvamento de voto pues, en su criterio, las normas acusadas

debieron declararse exequibles bajo el entendido que el magistrado que adelanta la audiencia de investigación y formula los cargos disciplinarios, no puede participar en la audiencia de juzgamiento, la elaboración del proyecto de sentencia, ni en la Sala plural de decisión. Lo anterior lo justificaron en los siguientes planteamientos.

En primer lugar, compartieron con la Sala el análisis de aptitud de los cargos, en el sentido de que el pronunciamiento de fondo resulta procedente solo respecto del cargo por desconocimiento de la garantía del juez disciplinario imparcial como parte del derecho fundamental de debido proceso.

En segundo lugar, consideraron que la Corte debió concentrar su análisis en determinar si era contrario a la garantía de imparcialidad objetiva que consagra el derecho fundamental al debido proceso (Art. 29, CP), armonizado con esa misma garantía judicial interamericana (Art. 8.1, CADH), que el Legislador haya previsto para los procesos jurisdiccionales disciplinarios que se adelantan contra los abogados en ejercicio de la profesión, que un magistrado de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial respectiva sea el encargado de asumir el caso desde el reparto hasta antes de dictar sentencia, realizando la formulación de cargos y adelantando la audiencia de juzgamiento, para después proceder a elaborar el fallo y participar en la sala plural que emite la decisión primera instancia disciplinaria.

Para dar respuesta a lo anterior, precisaron que la imparcialidad objetiva es una garantía transversal que hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso y que su interpretación debe armonizarse con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que integra el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Justamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el alcance de las garantías judiciales señalando que deben ser acatadas por cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, más allá del ámbito penal. En tal sentido, el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador debe contar con la mayor objetividad para enfrentar el juicio, de tal forma que al aproximarse a los hechos debe carecer de todo prejuicio o posición predefinida de la situación que juzga, con el fin de ofrecer la más alta garantía de imparcialidad al justiciable y a la comunidad.

Para la magistrada **Fajardo** y el magistrado **Cortés**, ello permite advertir que el entendimiento armonizado del parámetro de control del artículo 29 constitucional, conlleva a la necesaria separación de las etapas de

investigación y de juzgamiento disciplinario para otorgar plenamente la garantía de imparcialidad objetiva, la cual se acentúa y debe alcanzar el estándar más alto posible cuando se trata de un proceso de naturaleza jurisdiccional disciplinaria como el que establece Ley 1123 de 2007.

En tercer lugar, explicaron que en la jurisprudencia constitucional no existe un precedente específico para el caso. Precisaron que la Sentencia C-762 de 2009 que declaró exequibles unas normas del procedimiento disciplinario que adelanta el Tribunal de Ética Médica no constituye un precedente relevante, porque la naturaleza de ese trámite es administrativa y sus decisiones son controlables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por consiguiente, se trata de un caso diferente al estudiado en esta ocasión.

En cuarto lugar, la magistrada y el magistrado que manifestaron salvamento de voto consideraron que existe una tensión entre dos principios constitucionales: de una parte, la garantía constitucional armonizada de imparcialidad que hace parte del núcleo esencial del debido proceso y, a su vez, de las garantías judiciales convencionales; y de la otra parte, la celeridad y eficacia de los trámites jurisdiccionales disciplinarios.

Esgrimieron que, aunque el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para definir las formas y estructuras de los procedimientos judiciales disciplinarios, está limitado por los derechos fundamentales. En tal sentido, a partir del cargo formulado, advirtieron que era necesario adelantar un juicio de proporcionalidad en el grado de intensidad intermedia con el fin de determinar si las medidas acusadas afectaban el debido proceso.

Al respecto señalaron que, de acuerdo con los antecedentes legislativos que motivaron la expedición de la Ley 1123 de 2007, las disposiciones acusadas respondían a finalidades constitucionales y legítimas, como eran las de dotar de mayor celeridad y eficacia al procedimiento que se adelanta ante los órganos colegiados que ejercen la potestad jurisdiccional disciplinaria y que, por ende, tienen la función pública de administrar justicia en esa materia y de garantizar su acceso efectivo a las personas en general.

Así mismo, indicaron que las normas censuradas constituyen un medio efectivamente conducente para lograr la finalidad identificada, en tanto la asignación legal de funciones competenciales a un solo magistrado de la comisión seccional de Disciplina Judicial apareja un trámite expedito y contribuye a la celeridad de ese proceso jurisdiccional porque

ese mismo magistrado con agilidad elabora y participa en la toma de la decisión disciplinaria.

Sin embargo, para la magistrada **Fajardo** y el magistrado **Cortés** las medidas legislativas que se cuestionaban eran *evidentemente desproporcionadas*. Lo anterior por cuanto, el juez jurisdiccional disciplinario por el solo hecho de estar enmarcado dentro de un trámite en el cual administra justicia, al aproximarse a los hechos debe carecer de todo prejuicio o de una posición predefinida sobre el tema que juzga, en procura de otorgar las más altas garantías de imparcialidad que doten el trámite de confianza y tranquilidad para que el disciplinable y la comunidad en general tengan claro que no existe una idea preconcebida de quienes fungen como juzgadores sobre la responsabilidad disciplinaria.

Explicaron que por tratarse de un proceso jurisdiccional disciplinario la garantía de imparcialidad objetiva del operador debe estar presente, ser rigurosa y se debe maximizar por ser consustancial a la actividad judicial, en tanto obra como principio esencial de la administración de justicia, a la vez que constituye un elemento esencial del debido proceso judicial disciplinario. Por consiguiente, se trata de una garantía que no admite matices menores, sino que, por el contrario, se debe acentuar toda vez que el juez jurisdiccional disciplinario debe ser imparcial por el sólo hecho de enmarcar su actividad en un escenario judicial, que además ha sido instituido directamente por el Constituyente (Arts. 116 y 257A, CP). De esa forma, el entendimiento armonizado de esa garantía propia del debido proceso conlleva a que los funcionarios que realizan el juzgamiento y profieren la decisión de primera instancia, sean diferentes a aquellos que formulan los cargos disciplinarios. Adujeron que ello no estaba reflejado en las disposiciones censuradas, con lo cual se afectaba el debido proceso.

En quinto lugar, consideraron que en aras de no generar traumatismos procesales y dando aplicación al principio de conservación de derecho, lo procedente era declarar la exequibilidad condicionada de las normas acusadas, en los términos indicados. Adicionalmente, por tratarse de una garantía sustantiva de aplicación inmediata, estimaron la decisión debía impactar los asuntos disciplinarios contra abogados que *se encuentran en trámite en la primera instancia* ante las comisiones seccionales de Disciplina Judicial del país, de tal forma que se garantizara que el funcionario que va a emitir o que formuló los cargos no participe en la audiencia de juzgamiento, ni en la redacción del fallo ni en la sala plural de decisión.

Por su parte, el magistrado **Jorge Enrique Ibáñez Najjar** se apartó de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, por cuanto, en su criterio, la Corte debió declarar la inexecutable o la executable condicionada de las normas demandadas con el objeto de garantizar la aplicación del principio de imparcialidad y con él, el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, debiéndose separar la etapa de instrucción e investigación de la de juzgamiento, de manera que el funcionario que instruya e investiga no participe del juzgamiento y por lo mismo de la adopción de la decisión judicial disciplinaria, con fundamento en las siguientes razones.

*Primero*, el magistrado **Ibáñez Najjar** cuestionó el alcance realizado por el pleno de la Corporación, respecto de la libertad de configuración normativa del legislador frente a la regulación del proceso judicial disciplinario para los abogados según lo previsto en los artículos 150 y 257A de la Constitución, toda vez que, para el caso concreto, el legislador sí encuentra su límite en el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH- y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En tal virtud, el legislador no tiene absoluta libertad de configuración normativa puesto que está obligado a observar en toda su plenitud el debido proceso y los principios que lo orientan previstos en las citadas normas constitucionales y convencionales. No estamos en presencia de un simple procedimiento sancionatorio como equivocadamente lo señala la mayoría, sino de un proceso disciplinario de naturaleza judicial como expresión del *ius puniendi*, esto es, del ejercicio de la potestad del Estado para reprimir o sancionar conductas disciplinarias en un proceso judicial. Precisamente por ello es que como ha sucedido con el proceso penal ordinario a partir de la Constitución de 1991 y el Acto Legislativo 3 de 2002; con los procesos penales especiales para aforados consagrados en la misma Constitución y desarrollados por la Ley 5 de 1992 o la Ley 600 de 2000; y, más recientemente, con el proceso disciplinario aplicable a los funcionarios judiciales previsto en el Código General Disciplinario contenido en la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021, cualquiera que sea el sistema de investigación y juzgamiento aplicable - sea mixto de tendencia inquisitiva o mixto de tendencia acusatoria-, en garantía del principio de imparcialidad y del debido proceso, ya se han separado las etapas de investigación o instrucción y la de juzgamiento.

Téngase presente que el poder disciplinario se ha judicializado respecto de las conductas que, por infracción a sus regímenes disciplinarios, se

adelantan contra los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, los particulares que ejercen función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional y los abogados en ejercicio de su profesión. Por ello, el Acto legislativo 2 de 2015 y ahora el Código General Disciplinario, tanto el Constituyente como el legislador ordinario, respectivamente, ratificaron la titularidad de la potestad jurisdiccional disciplinaria de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial razón por la cual se debe respetar en su integridad el derecho fundamental al debido proceso, en el sentido de garantizar que el disciplinable sea investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo competente, y que el fallo sancionatorio pueda ser revisado por una autoridad diferente, bien sea mediante el recurso de apelación o la impugnación que permita la doble conformidad, según sea el caso. Por lo tanto, bajo ese régimen disciplinario ya se encuentren separados los roles de instrucción y de juzgamiento verbal de la falta disciplinaria presuntamente cometida. Así mismo, el Código General Disciplinario habilitó tanto a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial como a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, para que puedan “dividirse internamente en salas o subsalas, para poder dar cumplimiento a las garantías que se implementan en esta ley. En todo caso el funcionario que investiga debe ser diferente al que juzga.” Precisamente por ello, fueron expedidos, por el Consejo Superior de la Judicatura, el Acuerdo PCSJA22-11941 del 28 de marzo de 2022 y, por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el Acuerdo 085 del 9 de agosto de 2022, con el fin de garantizar el nuevo reparto funcional en los procesos disciplinarios que se adelantan en esa jurisdicción.

La mayoría señala que solo en el futuro, el Legislador, si quiere, podría, con el propósito de ampliar la garantía del debido proceso para examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de la profesión, establecer la separación entre las funciones de instrucción y juzgamiento en el seno de las comisiones seccionales de disciplina judicial. Empero, de acuerdo con la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos vigentes aplicables en Colombia, ello no puede consistir en una simple gracia o benevolencia que pueda libremente conceder o no el legislador en el futuro, sino que es, un derecho de todas las personas que precisamente tiene su razón -como sí lo advierte la mayoría- en la garantía del derecho fundamental al debido proceso. En otros términos, no puede quedar al arbitrio y discreción del legislador ampliar o no cuando quiera la garantía del debido proceso, pues éste es un derecho fundamental cuyo núcleo esencial en el cual está el principio de imparcialidad, el propio legislador está constitucional y convencionalmente obligado a respetar y garantizar en toda su dimensión.

Segundo. El magistrado Ibáñez Najar cuestionó que la mayoría haya considerado que las normas procesales demandadas, al dejar en cabeza de un mismo funcionario competencias de instrucción y de juzgamiento de las conductas de los abogados en ejercicio de su profesión, persigan un fin no prohibido, asociado a la necesidad de asegurar la celeridad y la eficacia en el trámite de estas investigaciones disciplinarias de la profesión, así como de contribuir a solventar la problemática de congestión judicial en este ámbito, motivo por el cual el mecanismo señalado por el legislador -para la consecución del mencionado fin- tampoco esté proscrito por la Constitución.

En tal virtud indicó que, la jurisprudencia de esta Corte ha sido pacífica en considerar la necesidad de garantizar el respeto por la independencia judicial y el juez natural de la causa, como respuesta a la previsión consagrada en el artículo 29 de la Carta Política, conforme a la cual los ciudadanos tienen el derecho a ser juzgados por las leyes preexistentes al acto que se impute, ante juez o tribunal competente, con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Al respecto, agregó que, la Corte ha establecido que la Constitución *“alude a la competencia del juez o cuerpo colegiado ante el cual se deba adelantar el proceso, garantía que ya no puede ser interpretada de forma restrictiva, habida cuenta que la misma Carta puntualiza que tratándose del reconocimiento de derechos humanos y la prohibición a su limitación, los tratados y convenios internacionales ‘ratificados’ por el Congreso prevalecen en el orden interno (art. 93 ib.), por lo cual tienen pleno vigor esos acuerdos celebrados por el Estado colombiano y, como criterios auxiliares, serán observadas la jurisprudencia y la doctrina que internacionalmente vayan evolucionando.”*<sup>20</sup>

De ese modo, el magistrado **Ibáñez Najar** consideró que, entre otros, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho de toda persona *“a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*, disposición que también se reproduce en la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre. Adicionalmente, el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala el derecho de toda persona a ser oída *“por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”*. Así mismo, en el artículo 14.1 el Pacto

---

<sup>20</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-545 de 2008.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”*

Las obligaciones que se derivan de tales normas constitucionales y convencionales no se cumplen por el Estado únicamente con no violar los derechos y derechos proclamados en tales instrumentos y en la medida en que no se fijan expresamente prohibiciones, lo que constituye un deber de respeto, sino que también comprenden los deberes y las obligaciones a su cargo de garantizar el libre y pleno ejercicio de tales derechos a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción que es en lo que se traduce el deber de garantía, y tales deberes y obligaciones están consagradas en el artículo 29 de la Constitución, los artículos 1.1. y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de obligatorio cumplimiento para el Estado de Colombia.

Ahora, con ocasión de la adopción de las Sentencias C-545 de 2008 y C-792 de 2014, en la cual la Corte se pronunció sobre la necesidad de separar las funciones de investigación y juzgamiento, el derecho a la doble instancia y a la doble conformidad en los procesos penales respecto de aforados aún dentro del proceso mixto de tendencia inquisitiva, respectivamente, lo que condujo a la expedición del Acto Legislativo 1 de 2018, el magistrado **Ibáñez Najjar** explicó que, en esas oportunidades, la Corte acudió como criterio interpretativo precisamente a la garantía de imparcialidad prevista además del artículo 29 de la Constitución, en el artículo 8.1 de la CADH y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos anteriormente citados, aspecto que refuerza aún más la necesidad de que, en aras de preservar la intangibilidad de dicho derecho, este se desarrolle en favor de los investigados en los procesos judiciales disciplinarios, previendo que el desarrollo de las etapas de investigación y juzgamiento sea materializado, en cada caso concreto, por funcionarios diferentes.

Para el magistrado disidente, la mayoría de la Corte desconoció e interpretó en perjuicio de los destinatarios de las normas demandadas, el concepto de **imparcialidad objetiva**, desarrollado por esta Corporación en la Sentencia C-545 de 2008, el cual se indicó que *“[e]n sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos venimos distinguiendo entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva. La*

primera exige que el Juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo o indirecto. La imparcialidad objetiva puede darse **cuando los magistrados no han tenido contacto anterior con el thema decidendi, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto.**"<sup>21</sup> (negritas fuera de texto)

Tercero, el magistrado **Jorge Enrique Ibáñez Najjar** sostuvo que, en lo que atañe a la decisión de la cual se apartó, la Sala Plena no interpretó favorablemente el concepto sobre la **imparcialidad objetiva**, la cual, de ninguna manera supone el desconocimiento de la probidad de los funcionarios judiciales, sino que, en palabras de la jurisprudencia constitucional, lo que se pretende es "*la separación funcional entre la instrucción y el juzgamiento, de forma que la convicción que el investigador se haya formado previamente no se imponga en las decisiones que se adopten en el juicio, al quedar éstas a cargo de un servidor judicial distinto e independiente de aquél, con lo cual, también y especialmente, el sujeto pasivo de la acción penal superará la prevención de que su causa siga encaminada hacia tal o cual determinación final.*"<sup>22</sup>

En ese sentido, acotó que, si la Sala Plena hubiese acatado los precedentes sobre la materia anteriormente señalados, no hubiese concluido, como en efecto lo hizo, que el resultado del juicio de proporcionalidad en una intensidad leve permitía considerar que no era contrario a la Constitución la competencia, en un mismo funcionario, de asumir las etapas de instrucción y juzgamiento de las conductas de los abogados en ejercicio de su profesión, so pretexto del cumplimiento de los principios de celeridad y eficacia, ni el ambiguo criterio sobre la contribución para solventar la problemática de la congestión judicial, que, además, no fue demostrada en el curso del proceso constitucional.

Para el magistrado **Ibáñez Najjar**, esto último no puede tener cabida en el ordenamiento jurídico constitucional, pues la búsqueda de concreción de ciertos principios y derechos, no debe lesionar otros de la misma intensidad e importancia, en este caso, la transgresión al debido proceso, sobre la base de la salvaguarda y/o el desarrollo de la celeridad y la eficacia.

---

<sup>21</sup> Tal y como también lo señaló el Tribunal Constitucional español en la Sentencia del STC 11, de enero 17 de 2000.

<sup>22</sup> Ídem.

Contrario a lo expresado por la mayoría de la Sala Plena, el magistrado **Ibáñez Najar** expuso que la decisión que se adoptó lesiona la garantía de imparcialidad y con él el debido proceso, no siendo admisible para el presente proceso, el precedente previsto en la Sentencias C-450 de 2015, puesto que, precisamente, se trata de que la jurisprudencia de esta Corporación reconozca la importancia de implementar en las actuaciones disciplinarias jurisdiccionales, la separación de la función de investigar y juzgar, pues es evidente que, quien realiza la primera, tendrá un interés subjetivo o moral en la decisión que, a la postre, define el resultado del proceso instructivo.

En suma, concluyó que los enunciados normativos demandados sí comportan una violación de las garantías constitucionales de que son titulares los profesionales del derecho sometidos al régimen contemplado en la Ley 1123 de 2007.

Por último, la magistrada **Natalia Ángel Cabo** salvó el voto, por cuanto en su criterio la legislación a la que pertenecen las normas demandadas (Ley 1123 de 2007, arts 102 y 106) no contempla mecanismos suficientes para garantizar, en todo supuesto, el derecho a un proceso judicial imparcial, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución. Sin embargo, desde su punto de vista, el primer llamado a remediar esa inconstitucionalidad es el legislador y no la Corte.

La magistrada Ángel Cabo sostuvo que, en un proceso penal, la distinción entre quien instruye y formula los cargos, por una parte, y quien juzga o decide, por otra, es una garantía que se deriva del derecho a una justicia imparcial, tal como se ha entendido en la jurisprudencia constitucional colombiana. En principio, esta misma distinción entre funciones debería aplicarse al proceso disciplinario de naturaleza judicial, precisamente como una forma de realizar una garantía esencial del debido proceso: la imparcialidad.

Pero, según la magistrada Ángel, la garantía de imparcialidad no exige inexorablemente apartar al instructor y al sustanciador de la toma de decisión en un proceso pues, por ejemplo, en ciertos cuerpos judiciales colegiados quien instruye el proceso participa en la resolución del asunto, sin que por esto se socave la imparcialidad del organismo. No obstante, en los procesos disciplinarios regulados por las normas acusadas, nada impide que haya espacios en los que tan solo dos jueces tomen decisiones, siendo uno de ellos quien instruye el proceso. De hecho, en la implementación reglamentaria de las disposiciones acusadas, se han contemplado organismos disciplinarios con solo dos integrantes. En eventos como esos difícilmente podría hablarse de un proceso imparcial. Porque es un hecho que ser juez imparcial de las propias pretensiones es

una tarea difícil; resulta evidente que en dicha labor están envueltos factores humanos muy profundos y excepcionalmente controlables, que sesgan la capacidad individual para tomar una decisión objetiva, exclusivamente determinada por el derecho. Cuando solo concurren dos jueces, y uno de ellos es además el instructor, la imparcialidad del organismo está entonces comprometida. Pero eso no necesariamente ocurre si, por su configuración, el cuerpo colegiado es más grande, ya que habría suficientes miembros para garantizar la imparcialidad de la decisión.

De todas maneras, el modo de remediar esas situaciones inconstitucionales, considera la magistrada Ángel Cabo, no es la de introducir, mediante un condicionamiento judicial, una reforma inmediata en el proceso disciplinario de los abogados. Por tratarse de un procedimiento con reserva legal, la Corte Constitucional ha debido declarar exequibles las disposiciones, con un condicionamiento que solo entrara a regir al cabo de un plazo, y únicamente si el Congreso no regulaba en ese término la materia. De este modo, la Corte le habría reconocido al legislador la oportunidad de ajustar este proceso al principio de imparcialidad y solo de forma subsidiaria, en un plazo definido y ante la eventual ausencia de una ley, habría operado el condicionamiento.



**CRISTINA PARDO SCHLESINGER**  
Presidenta  
Corte Constitucional de Colombia