

# Editorial

ANÍBAL ZÁRATE<sup>1</sup>

Correo-e: [anibal.zarate@uexternado.edu.co](mailto:anibal.zarate@uexternado.edu.co)

La autonomía que la Constitución política otorga a la Procuraduría General de la Nación significa que esta entidad no pertenece a ninguna de las tres ramas del Poder público<sup>2</sup>, teniendo la posibilidad de actuar con independencia de éstas, de organizar su propio funcionamiento y dar cumplimiento a las finalidades que constitucionalmente le han sido encomendadas<sup>3</sup>. No obstante, si la autonomía que ostentan los llamados organismos de control les garantiza una independencia en el ejercicio sus funciones, ésta debe ejercerse con arreglo a los principios establecidos en la Constitución política, los acuerdos y tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de derechos humanos, la ley, y lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, máximo guardián e intérprete autorizado del texto constitucional.

Una de las principales funciones del Ministerio Público es la de promover y defender los derechos fundamentales de los ciudadanos. La autonomía estatutaria de que dispone este órgano le permite asegurar su adecuada protección, incluso frente a cualquier injerencia del Ejecutivo. Sin embargo, dicha autonomía no significa una libertad para determinar el alcance de esos derechos, escapando al sistema jurídico de fuentes y desconociendo lo establecido en tratados internacionales en materia de derechos humanos y en la jurisprudencia constitucional. La autonomía constitucional que se reconoce a la Procuraduría no la autoriza a desconocer las interpretaciones y el contenido dado por la Corte Constitucional a los derechos fundamentales de los colombianos.

Dentro de las potestades del Ministerio Público, contempladas en el artículo 277 de la Constitución, se encuentra la facultad de intervención ante las autoridades judiciales. Esta facultad comprende, en términos de la Corte Constitucional, una esfera subjetiva, que incluye la intervención en los asuntos individuales o particulares, y una esfera objetiva, que comprende la guarda del

1 Correo-e: [anibal.zarate@uexternado.edu.co](mailto:anibal.zarate@uexternado.edu.co).

2 Pero sí hace parte del Estado colombiano, y concretamente de la administración pública del orden nacional, en los términos en que esta noción se encuentra definida en el artículo 39 de la Ley 489 de 1998.

3 V. por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2002. Esta autonomía se inscribe por lo demás en la lógica constitucional contemporánea del principio del control efectivo de la administración pública; v. en este sentido, Sentencia C-178 de 1997.

interés público<sup>4</sup>. En este sentido, la posibilidad que tienen los agentes del Ministerio Público de hacer uso de la acción de tutela e intervenir en dicha clase de procesos con el fin de proteger los derechos ajenos o el interés público se encuentra limitada por el carácter excepcional de este mecanismo, así como cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales<sup>5</sup>.

La decisión del Ministerio Público de interponer una acción de tutela contra una providencia judicial que declara civilmente casados a dos individuos del mismo sexo, cobijándolos de esta manera bajo la figura del matrimonio y de todos los efectos civiles que éste trae<sup>6</sup>, no encaja dentro de las causales que le permiten intervenir en procesos judiciales.

Con respecto a la esfera objetiva de intervención de la Procuraduría para presentar acciones judiciales, no es claro cómo el matrimonio entre una pareja del mismo sexo pueda afectar el patrimonio público de los colombianos, el orden jurídico vigente o los derechos fundamentales de terceras personas. El Ministerio Público no podía además usar la acción de tutela en este caso, pues esta acción constitucional preferente tiene un propósito exclusivo, que es la defensa de derechos fundamentales, no del orden jurídico ni del patrimonio público. Del mismo modo, la autonomía que constitucionalmente se ha atribuido a la Procuraduría no significa que ésta pueda determinar su esfera objetiva de intervención, esto es, el interés público, desconociendo principios como el del Estado laico.

El carácter laico del Estado colombiano impone una neutralidad religiosa que implica una separación de éste con las iglesias, de manera que toda actividad estatal debe estar encaminada a cumplir los fines establecidos en la Constitución y por tal motivo ninguna actividad o decisión oficial debe estar sustentada en motivos religiosos. El deber de neutralidad religiosa que se desprende del carácter laico del Estado colombiano se impone así como un límite a la discrecionalidad de que dispone la Procuraduría para determinar lo que constituye el interés público en el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas. La neutralidad comporta precisamente la obligación de los sujetos, en su condición de funcionarios públicos, de abstenerse de practicar y adherirse a una religión en el ejercicio de sus funciones, así como la prohibición tanto de promocionar como de desincentivar el fenómeno religioso.

En cuanto a la esfera subjetiva de intervención de la Procuraduría, la tutela es un mecanismo que debe operar cuando nos encontramos frente a la violación de un derecho individual de manera concreta y específica y no un mecanismo

4 Corte Constitucional, auto 0-38 de 2012.

5 V. Corte Constitucional, Sentencia T-293 del 21 de mayo de 2013.

6 Ver entre otras, la sentencia del 20 de septiembre de 2013 proferida por el juez 48 Civil Municipal de Bogotá y la sentencia del 16 de octubre de 2013 emitida por la jueza 44 Civil Municipal de Bogotá.

para cuestionar la forma como un juez le da un alcance al principio de igualdad y sobre todo cuando los sujetos interesados con esa interpretación están conformes con la misma. No puede la acción de tutela volverse un instrumento para restringir la independencia de nuestros jueces y notarios y, por esa vía, negarles derechos fundamentales a minorías históricamente discriminadas.

Por el contrario, es deber del Ministerio Público promover la tolerancia, corolario del pluralismo que caracteriza a nuestra sociedad, reconocido y amparado por la Constitución<sup>7</sup>, y no la de imponer una sola lectura del principio de igualdad, sobre todo si ésta comporta una distinción entre diferentes opciones de vida, unas reconocidas por el Derecho y otras excluidas de protección jurídica, lo cual sería violatorio de la regla de la no discriminación que precisamente prohíbe este principio. De hecho, la Corte Constitucional señala en su sentencia C-577 de 2011 que la heterosexualidad no es la característica única predicable del modelo de familia definido en el artículo 42 de la Constitución, reconociendo que entre las personas del mismo sexo son predicables el afecto, el respeto y la solidaridad que forman las bases de un proyecto de vida en común que merece una protección por parte del Estado no solo en el ámbito estrictamente patrimonial, sino social y familiar. La única distinción que permite nuestra Constitución sería para constatar que hay opciones de vida que han estado sin protección jurídica, para así adoptar las medidas de discriminación positiva que permitan equiparar materialmente en todos sus derechos a las parejas del mismo sexo con relación a la visión heterosexual que ha primado en nuestra sociedad.

Son los derechos a la igualdad y al debido proceso los que se encuentran precisamente al centro de la decisión del legislador francés de adoptar una ley que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo en ese país<sup>8</sup>, así como la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de junio de este año en la que se declara inconstitucional la ley federal de defensa del matrimonio (DOMA)<sup>9</sup>. El alto tribunal estadounidense es claro al afirmar que ningún actor del gobierno puede oprimir o menoscabar una minoría o a un grupo que se encuentra en situación de desventaja bajo el solo deseo de perjudicar o de institucionalizar dicha desventaja. La opinión mayoritaria es enfática al recordar que la garantía constitucional al derecho a la igualdad "debe como mínimo significar que un simple deseo del Congreso de agredir a un grupo políticamente impopular no puede justificar el hecho de discriminarlo". El juez Kennedy ve en DOMA una disposición que no solo priva a las parejas del mismo sexo de todos los beneficios federales del matrimonio, sino que además

7 Múltiples son las afirmaciones de la Corte Constitucional en este sentido, v. por ejemplo las sentencias T-104 de 1996 y T-388 de 2009.

8 Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

9 Corte Suprema de los Estados Unidos (2013).

tiene el "propósito y el efecto" de reforzar las desventajas de un grupo. Si esta decisión de la Corte solo beneficia a las parejas del mismo sexo que, en un sistema federal, se encuentren casadas en aquellos Estados que lo permiten, el juez estadounidense estima que una definición federal del matrimonio, como lo es DOMA, "humilla" y "opprime" y crea un "estatus separado" para las parejas *gays* y, por consiguiente, viola el debido proceso y la igualdad –*due process and equal protection*– que garantiza la catorceava enmienda de la Constitución.

Si el derecho a la igualdad conduce a los jueces estadounidenses a declarar inexecutable un acto del legislador federal, órgano de representación popular, legitimado conforme a las exigencias propias del principio democrático, e incluso a dejar sin efectos la enmienda por la que la mayoría de ciudadanos en el Estado de California habían decidido arrebatar de su Constitución estatal el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, recordando que el principio democrático impone a las mayorías el respeto de los derechos de las minorías (Corte Suprema de los Estados Unidos, 2013a), mal podría en Colombia un órgano como la Procuraduría General de la Nación, carente de legitimidad desde el punto de vista de las solas exigencias del principio democrático<sup>10</sup>, imponer una lectura de la igualdad que perpetúe las desventajas en las que se encuentran las parejas del mismo sexo. El Ministerio Público colombiano es una autoridad de naturaleza administrativa, y como tal se encuentra sometida al respeto de la legalidad<sup>11</sup>, pilar fundamental de nuestro Estado social de Derecho.

\* \* \*

Durante el proceso de edición del presente número de la Revista Digital de Derecho Administrativo fueron formulados varios cuestionamientos a la actividad que la Procuraduría General desarrolla en el cumplimiento de sus funciones como máxima autoridad disciplinaria. El debate acerca del ejercicio de las funciones de esta naturaleza se refiere en primer lugar a la competencia que la Constitución de 1991 le confiere para destituir e inhabilitar funcionarios de elección popular, así como a la consonancia de las competencias otorgadas constitucionalmente con el bloque de constitucionalidad y en particular con la Convención Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–. En un mismo sentido, se ha planteado la necesidad de revisar el Código disciplinario a efectos

10 Desde las solas exigencias de la democracia representativa, ni el procurador ni sus agentes son órganos de elección popular, ni se encuentra la Procuraduría adscrita a un órgano principal del Ejecutivo, cuya cabeza visible es elegida por voto directo. Desde aquellas propias de una democracia participativa, los ciudadanos colombianos no cuentan con mecanismos efectivos que les permitan participar directamente en la toma de decisiones al interior de este órgano autónomo, como sí ocurre en otros sistemas; v. Auby (2006: 13).

11 En los términos del artículo 6 de nuestra Constitución Política.

de devolver la competencia al juez penal en materia de imposición de inhabilidades, aspecto que se encuentra relacionado con el cuestionamiento que se hace acerca de la proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones impuestas desde el órgano de control. Desde un punto de vista orgánico, la propuesta de instaurar la colegialidad y revisar la estructura interna de la entidad se presenta como una alternativa frente a las críticas de ausencia de separación entre el órgano que instruye y aquél que juzga en el procedimiento disciplinario que se adelanta ante ella. Se trata, sin embargo, de una competencia compartida entre el legislador y el órgano constitucionalmente autónomo, "pues al primero le compete fijar la estructura de la entidad y regular lo relativo a su funcionamiento, es decir, la parte estática, y al segundo hacer operativa esa estructura y las demás reglas fijadas en la Constitución y la ley para el cumplimiento de sus funciones de control"<sup>12</sup>.

Desde un punto de vista funcional, la independencia de que disponen los llamados órganos autónomos de creación constitucional, como son los órganos de control, y necesaria en el caso de la Procuraduría General de la Nación para garantizar el principio de control efectivo de la administración pública y los derechos fundamentales de los administrados, se ve sin duda reforzada cuando existen reglas claras relacionadas con sus competencias y facultades, así como del procedimiento que se realiza ante la entidad.

La autonomía de que dispone la autoridad disciplinaria es un elemento fundamental en nuestro ordenamiento constitucional contemporáneo, puesto que los organismos de control y fiscalización del Estado no deben depender de los órganos que ellos controlan, lo cual resultaría contrario a la naturaleza de su función. En el caso del procurador general de la Nación, como bien lo recuerda la Corte Constitucional, "resultaría inconveniente que éste ejerciera la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive las de elección popular, y a su vez dependiera, en cierta medida, del Presidente de la República"<sup>13</sup>, cabeza visible de la administración. Esto no quiere decir, sin embargo, que la autonomía de que disponen los órganos de control deba ser absoluta. Recordemos cómo estos se encuentran sometidos al principio de legalidad y sus actos, al control del juez de lo contencioso administrativo. Una independencia absoluta sería contraria a la concepción moderna de la separación de poderes que nuestra Constitución consagra en su artículo 113, al reconocer incluso la existencia de órganos autónomos, bajo la forma de pesos y contrapesos –*checks and balances*–. Se hace un llamado al legislador para que existan reglas claras de funcionamiento, garantía indispensable de la autonomía de que dispone ese órgano.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-429 de 2001.

13 Corte Constitucional, Sentencia C-178 de 1997.

\* \* \*

El 17 de julio de 2013 se expidió el Decreto 1510 que reglamenta el sistema de compras y la contratación pública. Esta norma, que busca simplificar la complejidad del anterior Decreto 734 de 2012, modifica el plazo de renovación del Registro Único de Proponentes –RUP–, de manera que las personas inscritas en este registro deben presentar la información para renovarlo a más tardar el quinto día hábil del mes de abril de cada año, so pena de la cesación de los efectos del RUP y no como sucedía antes durante el mes anterior al cumplimiento del año de la inscripción. Una de las novedades de la nueva reglamentación es la eliminación de la clasificación de proponentes en el Clasificador CIU, que se encontraba previsto en los Decretos 1464 de 2010 y 734 de 2012, ya que se acoge el Clasificador de Bienes y Servicios de las Naciones Unidas –UNSPSC. Adicionalmente, cabe indicar como novedad en esta materia, la desaparición de la experiencia probable de manera que el interesado ahora debe indicar en cada certificado o en cada copia de los contratos, los bienes, obras y servicios a los cuales corresponde la experiencia que pretende acreditar, así como su categoría, en el tercer nivel, dentro del Clasificador UNSPSC. Por último, el Decreto 1510 trae un régimen de transición para los actos de inscripción, renovación y actualización del RUP. El Decreto entró en vigencia desde el 15 de agosto de 2013. Sin embargo, la Confederación colombiana de cámaras de comercio –Confecamaras–, instruyó a las cámaras de comercio para que a partir del 17 de julio y hasta que éstas adopten el nuevo formulario con los cambios que trae el nuevo decreto y, en particular, los cambios relacionados con el nuevo Clasificador de bienes y servicios –para lo cual tienen hasta el 1° de abril de 2014–, los registros que se encuentren vigentes a esa fecha solo puedan ser actualizados, es decir, las renovaciones se encuentran suspendidas hasta que se adopte el nuevo formulario. Las nuevas inscripciones y las actualizaciones pueden llevarse a cabo durante el régimen de transición, siendo opcional para el proponente presentar la información relacionada con la inclusión de actividades en el Clasificador CIU. A la fecha, Confecamaras ya diseñó el nuevo formulario, que debe ser aprobado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así mismo, las cámaras de comercio informan que las renovaciones se reanudarán a comienzos del año 2014, una vez se adapten las plataformas tecnológicas con el clasificador de bienes y servicios.

## BIBLIOGRAFÍA

AUBY, JEAN-BERNARD (2006). "Droit administratif et démocratie", en *Régulation économique et démocratie*, Paris: Dalloz, 2006, MARTINE LOMBARD (dir.).

Corte Constitucional, auto A-038 de 2012.

Corte Constitucional, Sentencia T-293 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009.

Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 1996.

Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2002.

Corte Constitucional, Sentencia C-429 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia C-178 de 1997.

Corte Suprema de los Estados Unidos (2013). *United States v. Windsor*, 570 U.S.

Corte Suprema de los Estados Unidos (2013a). *Hollingsworth v. Perry* (formerly *Perry v. Brown* and *Perry v. Schwarzenegger*), 570 U.S. (Docket n.º 12-144).