LEY 734

Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

LIBRO I

PARTE GENERAL

T I T U L O I

PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY DISCIPLINARIA

Artículo 1°. ***Titularidad de la potestad disciplinaria.*** El Estado es el titular de la potestad disciplinaria.

Artículo 2°. ***Titularidad de la acción disciplinaria.*** Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

Jurisprudencia: El texto de este inciso corresponde en similar sentido al texto del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 200 de 1995 que fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-244/96**.

PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM

PROCESO DISCIPLINARIO Y PROCESO PENAL

ACCIÓN DISCIPLINARIA Y ACCIÓN PENAL

El conocido principio denominado *non bis in ídem,* según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, se encuentra consagrado en nuestro Estatuto Supremo como un derecho fundamental, que hace parte de las garantías del debido proceso, contempladas en el artículo 29 de la Carta.

Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

> *"La identidad en la persona significa que el sujeto incriminado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.*
>
> *"La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.*
>
> *"La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos."*[1]

Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la

[1] Sent de noviembre 22 de 1990 Corte Suprema de Justicia

Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.

La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 200 de 1995, parcialmente acusada, "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

Esta Corporación se ha referido al tema objeto de debate en varias oportunidades, tanto en procesos de constitucionalidad como de tutela; valga citar, entre otras, la sentencia C-427/94,[2] en cuyas consideraciones se hizo referencia a la diferenciación existente entre la acción disciplinaria y la acción penal. Dijo la Corte:

> Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.
>
> La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.
>
> La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en las que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
>
> Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones

[2]Sent. C-427/94 M.P. Fabio Morón Díaz

> disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.

Y en sentencia anterior (T-413/92),[3] expresó la Corte que el adelantamiento de las dos acciones precitadas no configura violación al principio *non bis in ídem.*

> Esta Sala considera que en el presente caso no se da una violación al precepto citado -artículo 29 C.N. principio *non bis in ídem*-, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado. No hay, por tanto, violación de la norma superior invocada en este punto por el peticionario, como tampoco de otros derechos fundamentales.

En este orden de ideas, siendo la acción disciplinaria distinta de la acción penal, cada una puede adelantarse en forma independiente, sin que de su coexistencia se pueda deducir infracción al principio *non bis in ídem*, pues en este caso no existen dos juicios idénticos. En consecuencia, no encuentra la Corte que el inciso segundo del artículo 2 de la ley 200 de 1995, materia de acusación, vulnere precepto constitucional alguno, motivo por el cual será declarado exequible.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Auto de cargos del 1º de junio de 2001. Radicación Nº **001-25908-98**.

> **PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM** - Aplicación / **PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM** - Identidad de sujeto / **PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM** - Identidad de objeto / **PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM** - Identidad en la causa

Se necesita que haya plena identidad de la persona juzgada, del objeto del proceso y de la causa; si alguna de esas identidades falta no puede hablarse de cosa juzgada.

---

3. Sent. T-413/92 M.P. Ciro Angarita Barón

“El artículo 29 de la Constitución Política, al igual que el artículo 26 de la anterior Carta, consagraron la garantía fundamental del *non bis in ídem*, desarrollada también como norma rectora en el artículo 9º del Código Penal y en el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal, principio según el cual las personas no pueden ser juzgadas doblemente por el mismo o los mismos hechos. Se trata de una garantía individual, propia de un estado de derecho, también reconocida internacionalmente en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos, aceptados en el derecho interno de Colombia por medio de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972.

Para establecer en qué casos se presenta la aplicación del principio del *non bis in ídem*, la doctrina propone tres identidades como fórmula abstracta para la solución de los casos concretos. Se habla entonces de la identidad de la persona juzgada, identidad del objeto del proceso y la identidad de la causa.

Con relación a la identidad de la persona juzgada, en el proceso fallado debe existir la individualización o identificación del sujeto sobre el cual recae la acción que ejerce el Estado, bien en forma oficiosa o a petición de parte, con el propósito de concretar y formular la imputación de los hechos, que en materia disciplinaria está dada por el incumplimiento a los deberes de los servidores públicos, la incursión en prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades. Frente a lo anterior debe existir una relación procesal entre el proceso fallado y agotado y el segundo que se quiere iniciar o se ha iniciado, de donde emerge una identidad subjetiva, pues debe tratarse de la misma persona sobre la que ha recaído la imputación en el caso fallado y la que se inicia o tramita en el segundo proceso.

Acerca de la identidad del objeto del proceso, debe tenerse en cuenta la naturaleza del hecho imputado, es decir con respecto al elemento intelectual descriptivo de una conducta humana, mirado en su materialidad y no en su significación jurídica.

La identidad se refiere al hecho básico constituido por la conducta del sujeto, productora de resultados que modifican el mundo exterior, independientemente de su resultado, pues las modificaciones en el resultado, como por ejemplo de hurto simple a hurto calificado; de lesiones a homicidio; de abuso deshonesto a violación, no alteran la coincidencia de la idea básica de los hechos imputados y sólo implican cambios en su encuadramiento jurídico penal.

Así las cosas, el principio del *non bis in ídem* no se aplica, cuando el nuevo examen verse sobre una conducta independiente de la que originó el primer proceso, ya que si la nueva conducta pudo subsistir sin la primera, estaremos en presencia de un hecho nuevo, que puede dar origen, legítimamente, al segundo proceso.

La identidad en la causa se relaciona con el efecto preclusivo del primer proceso, esto es, que haya existido una decisión de fondo que ponga fin a la controversia previo el agotamiento de la ritualidad procesal y que por ende pueda producir efectos de cosa juzgada.

Conforme a lo expuesto, el despacho debe señalar que la investigación disciplinaria a la que se contrae este proceso, no ha vulnerado los principios de *non bis in ídem* y de la cosa juzgada, si se tiene en cuenta lo siguiente:

a) El principio *non bis in ídem* no tiene efecto extensivo, ya que se aplica individualmente.

b) En el proceso adelantado por la Procuraduría Segunda Distrital de Santa Fe de Bogotá y radicado bajo el Nº 143-22161-68, el Ministerio Público no efectuó ninguna imputación contra el doctor David Turbay Turbay de tal manera que hubiera asumido la calidad de sujeto disciplinable y objeto de la acción disciplinaria pertinente. En ese proceso se investigaron las conductas de dos servidores públicos que fueron individualizados e identificados a saber: Luis Fernando Ramírez Hernández y Alcira Moreno Monroy, a quienes solamente se refirió la parte resolutiva de la decisión que ordenó la terminación del proceso.

c) Además como lo manifestó el despacho en oportunidad anterior la Procuraduría Segunda Distrital no podía investigar al Contralor General de la República en razón a que tal atribución por mandato legal le correspondía al Procurador General; de haberse usurpado la competencia, tal situación hubiera generado la existencia y declaración de la nulidad del fallo que ordenó la terminación del proceso, lo que no fue necesario porque al doctor **TURBAY** no se le investigó en ese expediente.

   Sin entrar en discusiones semánticas, si es importante destacar que el artículo 131 de la Ley 200 de 1995 consagra como una de las causales de nulidad, la incompetencia del funcionario para fallar, por cuanto solamente el funcionario público cuando se halla investido de facultades para resolver un caso en concreto, puede tomar decisiones de fondo y ordenar la terminación del proceso por las causales previamente señaladas en las normas de procedimiento, facultad de la que carecía la Procuraduría Segunda Distrital, y por lo tanto al no haberse vinculado al doctor David Turbay Turbay como sujeto disciplinable y no habérsele reprochado conductas contrarias a la normatividad disciplinaria no hubo desbordamiento de potestades legales.

   Cabe señalar igualmente, que la acción disciplinaria es pública, irrevocable e intransmisible; por lo tanto la responsabilidad disciplinaria es personalísima, toda vez que la acción que desencadena la averiguación respectiva solamente puede tener como sujeto pasivo al servidor público responsable de los hechos; así frente a la indagación preliminar debe verificarse la ocurrencia de la conducta, si ésta es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al servidor público que haya intervenido en ella (artículo 139 del C.D.U.).

d) Los hechos que originaron la etapa de indagación preliminar en el expediente Nº 143-22162-98, que estuvo a cargo de la Procuraduría Segunda Distrital de Santa

Fe de Bogotá, tuvo como soporte un escrito anónimo dirigido al periodista Julio de la Roux del Noticiero T.V. HOY, con copia a la Procuraduría General de la Nación, en el que se señaló que las edificaciones adquiridas a través de la Secretaría Administrativa y la Unidad de Recursos Físicos de la Contraloría General de la República para las sedes en Neiva, Manizales, Tunja, Villavicencio e Ibagué, se compraron "a un precio exageradamente alto que nada tiene que ver con el valor real" y que en el caso de Cali se adquirió "una edificación por más de mil millones de pesos que no tiene la capacidad para albergar los funcionarios que allí laboran, razón por la cual hubo una reciente protesta de éstos conocida por los medios de comunicación de esta ciudad" (folio 7 cuaderno derecho de petición).

La denuncia anónima se refirió a otros hechos relacionados con intervención en política y nepotismo, que no son de resorte de la presente investigación.

Cabe precisar que la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría en auto de 27 de abril de 1998, abrió indagación preliminar únicamente contra el Secretario Administrativo y el Jefe de Recursos Físicos de la Contraloría General, respecto de los cuales se ordenó la terminación del proceso (folios 8-9 cuaderno derecho de petición).

Hechas las anteriores precisiones, se puede colegir sin mayor esfuerzo que en el caso materia de debate el doctor David Turbay en su condición de Contralor General de la República no fue sujeto pasivo de acción administrativa disciplinaria con respecto al expediente que adelantó la Procuraduría Segunda Distrital de Santa Fe de Bogotá, y al no serlo faltaría uno de los elementos que estructura la figura jurídica del "*non bis in ídem*" como lo es el de la identidad de la persona juzgada, situación que permite decir que no existió ninguna relación procesal de identidad subjetiva entre el proceso fallado y agotado por la Procuraduría Segunda Distrital con respecto al adelantado por el Procurador General, el cual conoce la Viceprocuraduría en razón a la causal de impedimento.

En el caso que se analiza tampoco se estructura la identidad del objeto del proceso porque los hechos que se imputaron en la denuncia anónima son diferentes de aquél por el que se mantiene la procedibilidad. la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría investigó lo relacionado con algunas irregularidades denunciadas respecto de la adquisición de inmuebles de las sedes para las Seccionales de la Contraloría, en lo atinente a las conductas atribuidas al Secretario Administrativo Luis Fernando Ramírez Hernández y al Jefe de la Unidad de Recursos Físicos Alcira Moreno Monroy, en la que se indicó que los funcionarios anteriores actuaron siguiendo los parámetros de la Ley 80 de 1993, pero tal afirmación difiere jurídicamente en relación con el nuevo examen que efectuó la Sala Disciplinaria en el auto visible a los folios 211 a 214 del cuaderno 1 en el que se estableció una conducta independiente respecto del primer proceso, en relación a que la negociación para la adquisición de la sede de Cali se realizó sin cumplir las exigencias de tramitar los avalúos ante el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o en su defecto ante una persona natural o jurídica experta en la

materia, obligación contenida en el artículo 15 del Decreto 855 de 1994, lo que origina la existencia de un hecho nuevo que dio lugar legítimamente a la iniciación de este proceso, donde la imputación se dirige en forma exclusiva contra los dos excontralores.

En cuanto a la identidad en la causa, si bien se profirió una decisión de fondo que puso fin a los hechos que originaron la investigación a cargo de la Procuraduría Segunda Distrital, aquellos como se ha dejado en claro por el despacho son diferentes y no forman parte del análisis o cuestionamiento respecto de las conductas atribuidas a los doctores David Turbay Turbay y Camilo Vargas Ayala, sobre los cuales no ha existido agotamiento de la ritualidad procesal.

Para evitar equívocos frente a la afirmación hecha por el doctor Turbay, en el sentido de que hubo una exoneración general, en razón a que en la parte motiva del fallo de la Procuraduría Segunda Distrital se dijo que “no existía mérito para disponer la apertura de investigación contra Luis Fernando Ramírez ni Alcira Moreno Monroy, en sus calidades ya anotadas, ni contra ningún otro funcionario de la Contraloría General de la República por los hechos relacionados con la adquisición de inmuebles para las Oficinas Seccionales de la entidad en algunas ciudades del país”, debe indicarse, que el juzgador al proferir el fallo o decisión debe tener en cuenta el principio de congruencia de las sentencias, que debe ser tanto interna como externa. La interna está referida a la armonía entre la parte considerativa y la resolutiva. La externa se traduce en la concordancia debida respecto de los hechos en que se funda la controversia.

Para el caso materia de análisis, la Procuraduría Segunda Distrital de Santa Fe de Bogotá en la providencia del 29 de julio de 1999, en la parte motiva se refirió en concreto a las conductas de Luis Fernando Ramírez Hernández y Alcira Moreno Monroy, en sus respectivas calidades de Secretario Administrativo y Jefe de la Unidad de Recursos físicos de la Contraloría General de la República, en relación con los hechos denunciados, y como consecuencia, a estos servidores públicos se limitó la decisión en la parte resolutiva, si bien en las consideraciones se llegó a indicar que no existía mérito para disponer apertura de investigación disciplinaria contra algún otro funcionario de la Contraloría General, tal afirmación resultó imprecisa, incongruente, pues se reitera que la acción disciplinaria es individual, personalísima y por lo tanto no podía abarcar conductas de servidores públicos no determinados, no vinculados. Tal yerro frente a las consideraciones que se han hecho por el despacho, no tiene ninguna incidencia relevante, toda vez que la decisión final se adoptó frente a los funcionarios públicos mencionados. Además lo decidido en la parte resolutiva es lo que constituye el acto administrativo ejecutorio, que una vez notificado o comunicado, según los casos, produce efectos jurídicos, pudiendo la administración cumplirlo directamente.

Basten las anteriores consideraciones, para no acceder a la aplicación del principio del *non bis in ídem*, solicitada por el doctor David Turbay Turbay.

Artículo 3°. 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.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Segunda Instancia. Radicación Nº **142-65524**.

> **PODER PREFERENTE** - Criterios de trascendencia y necesidad para su ejercicio

Si bien es cierto que para la misma época de ocurridos los hechos señalados, se encontraba en vigencia la Ley 200 de 1995, normatividad que en su artículo 3° facultaba al Procurador General de la Nación para que, por sí o por medio de sus Delegados y Agentes, avocara mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte, el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitaran internamente ante cualquiera de las ramas u órganos del poder público, lo cierto es que, por una parte, se trataba de una facultad discrecional, y por la otra, que en el caso bajo estudio no se daba ninguno de los presupuestos fácticos señalados en la Resolución N° 001 del 23 de enero de 1998, a través de la cual el Procurador General de la Nación fijó los criterios para el ejercicio del poder preferente.

Situación similar se presenta en lo que respecta a la Ley 734 de 2002, norma que ya se encontraba vigente para la fecha de proferido el auto impugnado -19 de diciembre de 2002-, toda vez que en el artículo 3° de esta nueva ley también se indica que “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 del proceso”.

Se resalta la expresión “podrá”, para hacer énfasis en la posibilidad facultativa que le

asiste al Organismo de Control de avocar una investigación disciplinaria o abstenerse de hacerlo, posibilidad que no es producto de razones subjetivas o caprichosas, sino que obedece a claros criterios de trascendencia y necesidad previamente establecidos por el señor Procurador General de la Nación, como se puede apreciar en el contenido de la Resolución 346 del 3 de octubre de 2002".

~~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.

Jurisprudencia: El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-948/02** cuyos apartes sustanciales pertinentes se transcriben a continuación.

> **FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL** - Jurisdicción disciplinaria constitucionalmente establecida
>
> **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Poder disciplinario preferente frente a empleados judiciales

Corresponde a la Corte en consecuencia establecer

i) Si la expresión *"la Procuraduría General y"* contenida en el tercer inciso del artículo 3 de la Ley 734 de 2002 en el que se señala una competencia a prevención para la Procuraduría General de la Nación y para el Consejo Superior y los Consejos Seccionales de la judicatura, vulnera o no el numeral tercero del artículo 256 constitucional, así como los principios de juez natural, seguridad jurídica e igualdad, al igual que la independencia del poder judicial.

(…)

Del anterior recuento de providencias de esta Corporación, de las cuales solo algunas corresponden al ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, se desprende que los aspectos analizados por la Corte sobre este punto se han centrado en (i) la diferencia que debe establecerse en este campo en relación con la situación de los funcionarios y de los empleados de la rama judicial, (ii) la existencia de un fuero especial en materia disciplinaria para determinados servidores públicos a los que no se aplica el régimen general previsto para los demás funcionarios y empleados al servicio del Estado, (iii) el carácter de decisiones jurisdiccionales de las providencias que profieran el Consejo Superior y los Consejos Seccionales de la Judicatura en materia

disciplinaria que por lo tanto no quedan sometidas al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, como si sucede con las decisiones adoptadas por la Procuraduría General de la Nación, (iv) la aplicabilidad de las normas del Código disciplinario único a los funcionarios judiciales, (v) el Poder preferente de la Procuraduría General de la Nación en materia disciplinaria (vi) el mecanismo legal de competencia a prevención como instrumento para conciliar dicho poder preferente con la competencia atribuida en la Constitución al Consejo Superior y a los Consejos Seccionales de la Judicatura.

Ahora bien, frente a los argumentos expresados en la demanda y en el escrito de coadyuvancia que obra en el proceso, la Corte considera necesario examinar nuevamente el tema de la competencia para conocer de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los funcionarios judiciales a partir de algunos elementos que no fueron tomados en cuenta por la Corporación en sus decisiones anteriores, o que solamente fueron estudiados de manera tangencial.

Dichos elementos hacen relación a:

(i) La asignación expresa y específica que hace el Constituyente de una competencia en cabeza del Consejo Superior y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para conocer de los procesos disciplinarios de los funcionarios judiciales, lo que si bien no constituye un fuero especial, si determina un régimen especial determinado por el Constituyente.

(ii) La posible vulneración de la autonomía de la rama judicial por cuanto la jurisdicción disciplinaria, instituida por el Constituyente dentro de la rama judicial ve desplazada su competencia jurisdiccional por un organismo que si bien tiene a su cargo la vigilancia superior de la conducta oficial de los funcionarios públicos bien puede no tener atribuidos necesariamente el examen de la conducta y la sanción de las faltas de ciertos funcionarios, conforme a la propia Constitución. Lo anterior por cuanto a juicio de la Corte la vigilancia superior de la conducta de los funcionarios públicos no comporta como elemento necesario e inescindible el ejercicio de la potestad disciplinaria, sin perjuicio de la intervención del Procurador, como titular de aquella vigilancia superior, para poner en movimiento los mecanismos de control disciplinaria y para, en todo caso, actuar como parte en los procesos que se adelanten por los funcionarios judiciales sobre los cuales se ejerce la potestad disciplinaria y respecto de sus actuaciones.

La asignación específica por el Constituyente de una competencia al Consejo Superior y a los Consejos seccionales de la Judicatura y la proyección de la autonomía de la Rama Judicial.

Para la Corte la asignación específica de la competencia para examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial que hace el Constituyente en

el numeral tercero del artículo 256 superior no puede considerarse como una mención sin consecuencia en materia de organización de la rama judicial, así como tampoco respecto de la potestad disciplinaria.

En ese orden de ideas, la Corporación considera pertinente examinar nuevamente el texto de las normas constitucionales en las que se ha basado el análisis sobre la competencia atribuida al Consejo Superior y a los Consejos seccionales de la Judicatura en materia de procesos disciplinarios de los funcionarios judiciales, así como sobre la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación en materia disciplinaria.

Dichos textos son los siguientes:

> **ARTICULO 254.** El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas:
>
> 1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.
>
> 2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno. Podrá haber Consejos Seccionales de la Judicatura integrados como lo señale la ley.
>
> **ARTICULO 256.** Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales**,** según el caso y de acuerdo a la ley**,** las siguientes atribuciones:
>
> 1. Administrar la carrera judicial.
> 2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.
> 3. Examinar la conducta y sancionar 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.
> 4. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales.
> 5. Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial que deberá ser remitido al Gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso.
> 6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.
> 7. Las demás que señale la ley.
>
> **ARTICULO 277.** El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. 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.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Las demás que determine la ley.
Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.

ARTICULO 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial. (...)

De los anteriores textos se desprende en forma clara que el Constituyente quiso establecer una jurisdicción disciplinaria encargada de examinar las conductas y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, creación que como lo ha señalado esta Corporación atiende a la distribución de competencias orgánicas y funcionales de los distintos poderes públicos así como a la autonomía de la misma Rama Judicial para asegurar la especifica misión constitucionalmente confiada.

Al respecto la Corte señaló concretamente lo siguiente:

"La Corte encuentra que la creación del Consejo Superior de la Judicatura obedece a varios propósitos del Constituyente entre los que está la idea de modernizar y transformar las funciones correspondientes a la administración de los recursos económicos y de personal de la justicia y la del fortalecimiento de la actividad disciplinaria garantizando el mantenimiento de elementos doctrinarios y de distribución de competencias orgánicas y funciones de los distintos poderes públicos que en especial se relacionan con la autonomía de integración de la misma Rama Judicial.

"Además a dicho organismo le compete cumplir funciones disciplinarias y algunas judiciales, que corresponden a la Sala Disciplinaria, como las de examinar la conducta y sancionar en las instancias que señale la ley, las faltas de los funcionarios de la Rama Judicial, así como la de los abogados en el ejercicio de su profesión y la de dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones (arts. 256 de la C.N. y 10 del Decreto 2652 de 1991)

"En efecto como se ha advertido anteriormente, la Constitución crea dos Sala autónomas (La Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Administrativa art. 254 de la C.N), a las que por su separación, origen, denominación y finalidad implícita les ha prescrito un funcionamiento separado respecto de las funciones constitucionales que a su naturaleza y finalidad correspondan.

"Así la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha sido creada orgánica y funcionalmente en forma autónoma. En efecto, fue creada únicamente para el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria, que por constituir función pública de administración de justicia actúo como órgano autónomo y con independencia de sus nominadores (art. 228 de la C.P.)"[4]

No obstante de la creación de la jurisdicción disciplinaria con las características que se destacan en el aparte transcrito, no se desprende que la Constitución haya establecido un fuero especial para los funcionarios de la rama judicial, pues dicho fuero, como ya se señaló[5], solamente es predicable respecto de determinados funcionarios a los que la Constitución se refirió específicamente (art. 174 C.P.); empero, es claro que el Constituyente quiso que los funcionarios de la rama judicial fueran sometidos en materia disciplinaria a la competencia de la jurisdicción disciplinaria que estableció expresamente para este efecto y que dicha previsión obedece al carácter especial de las funciones que se encuentran a cargo de los jueces, magistrados y fiscales a los que la disposición se refiere y de las características propias de la misma organización judicial como rama del poder público.

---

[4] Sentencia C-265/93 M.P. Fabio Morón Díaz

[5] Ver al respecto la Sentencia SU-637/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz atrás citada.

Ahora bien, frente al texto del numeral sexto del artículo 277 superior a cuyo tenor el Procurador General de la Nación, por si o por medio de sus delegados y agentes tendrá entre otras funciones las de “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”, la Corte llama la atención sobre el hecho de que dicho numeral se refiere a tres funciones diferentes que si bien pueden coincidir en relación con algunos servidores públicos no necesariamente deben ejercerse en todas las circunstancias, como ya se enunció.

(1) Así, cabe precisar que una es la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive las de elección popular, función que no tiene exclusión alguna y que por tanto ha de predicarse frente a todo aquel que ejerce funciones públicas. Vigilancia superior que puede significar que el Procurador por si mismo proceda a desvincular del cargo a un servidor (art. 278 num. 1 C.P.), o que simplemente ponga en movimiento los mecanismos de control disciplinario establecidos en la Constitución y en la Ley.

(2) Una segunda función se concreta en el ejercicio preferente del poder disciplinario, posibilidad que resulta predicable frente a todo servidor publico o particular que ejerce funciones públicas, con excepción de aquellos respecto de los cuales la Constitución no haya previsto un fuero especial (art. 274) o no haya asignado a unos órganos específicos el ejercicio de dicho poder disciplinario (art. 256 num. 3).

(3) Y una tercera función se refiere a la imposición de las respectivas sanciones de acuerdo con la ley, competencia que la Procuraduría General ejerce sobre aquellos servidores respecto de los cuales de acuerdo con la Constitución y la Ley le corresponde ejercer el poder disciplinario.

En relación con el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es pertinente precisar que éste resulta predicable sin ninguna limitación frente a los empleados judiciales respecto de los cuales, al igual que de los demás servidores públicos carentes de fuero, no exista en la Constitución asignación de competencia a órganos específicos para ejercer el poder disciplinario.

La situación no es la misma respecto de los funcionarios judiciales, a quienes precisamente el Constituyente quiso someter, se reitera, en razón de las características propias de su función jurisdiccional y de la necesidad de mantener la independencia funcional de la rama judicial, al control de unos órganos específicos pertenecientes a la misma rama judicial dentro de la cual creó para el efecto una jurisdicción disciplinaria, en consonancia con la autonomía estructural y funcional propias de la misma conforme a la Constitución.

En este punto la Corte debe reiterar que la existencia de los contenidos normativos de los artículos 256 y 277 constitucionales ya aludidos no necesariamente debe llevar a la conclusión de una competencia concurrente de la Procuraduría General de la Nación y

del Consejo Superior de la Judicatura en relación con la potestad disciplinaria respecto de los funcionarios judiciales, es decir exclusivamente los titulares de la función judicial que deba ser resuelta legalmente ya sea mediante la previsión de un poder disciplinario preferente a favor de la procuraduría o del Consejo de la Judicatura o de una competencia a prevención de uno de los dos organismos.

Tampoco cabría aludir a la aplicación del criterio legal de interpretación conforme al cual en un mismo estatuto debe preferirse a la disposición posterior sobre la anterior, según su numeración. En efecto tratándose de la Constitución un tal criterio no resulta predicable pues las disposiciones constitucionales no están ordenadas por su secuencia dentro del texto de la Constitución sino que responden a criterios que la misma jurisprudencia ha detectado y resaltado como por ejemplo aquel según el cual la parte orgánica de la Constitución debe ceder a la parte dogmática que ha de servir para interpretar y aclarar los mandatos de aquella.

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 alguna[6], 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 Judicatura reorientó su interpretación de la Constitución en la dirección que ahora se hace más explicita 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

[6] Ver Sentencia C-147/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

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.

En ese orden de ideas cabe recordar que la Ley estatutaria de administración de justicia en su artículo 111 señala que las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con los funcionarios judiciales son actos jurisdiccionales no susceptibles de acción contencioso administrativa.

No debe olvidarse al respecto que como lo señalan los artículos 228 y 230 superiores, la Constitución garantiza la independencia técnica, científica y funcional de la función judicial y que uno de los elementos de esa independencia se concreta, por querer del Constituyente, en la existencia de una jurisdicción disciplinaria autónoma encargada de disciplinar a los funcionarios judiciales que administran justicia.

De acuerdo con las consideraciones efectuadas, la Corte encuentra que las expresiones “La procuraduría General de la Nación y” y “a prevención” contenidas en tercer inciso del artículo 3° de la ley 734 de 2002 resultan contrarias a la Constitución y por tanto declarará su inexequibilidad en la parte resolutiva. Ahora bien, para efectos del correcto entendimiento del texto del mencionado inciso tercero del artículo 3° de la ley, el mismo deberá leerse en la forma que se señala en la parte resolutiva.

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

Artículo 4°. ***Legalidad.*** El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.

Artículo 5°. ***Ilicitud sustancial.*** La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Jurisprudencia: Artículo declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, mediante sentencia **C-948/02** de la Corte Constitucional.

ILICITUD SUSTANCIAL - Alcance

DEBER FUNCIONAL - Desconocimiento formal

DEBER FUNCIONAL - Infracción sustancial

Corresponde a la Corte en consecuencia establecer

(…)

ii) Si la noción de ilicitud sustancial contenida en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 se ajusta a la Constitución, o si debe condicionarse su constitucionalidad a la afectación material del deber funcional a cargo del servidor público disciplinado.

(…)

4.2 El análisis de los cargos contra el artículo 5 y contra los apartes acusados de los artículos 17, 28 y 44 de la Ley 734 de 2002.

En atención a que los cargos formulados en contra del artículo 5 y de los apartes acusados de los artículos 17, 28 y 44 de la Ley 734 de 2002, guardan una cierta unidad temática en virtud de la invocación por parte del actor de diversos conceptos y categorías propias del derecho penal para sustentar sus afirmaciones, la Corte considera pertinente agrupar en un solo acápite el análisis de los mismos.

Así mismo, previamente al examen de los argumentos expuestos por el actor en relación con cada uno de los artículos enunciados, la Corte considera necesario referirse a las características de la potestad sancionadora del Estado de acuerdo a sus diversos regímenes, y en especial a las particularidades del derecho disciplinario, aspectos que resultan pertinentes para el examen de los cargos formulados en la demanda.

4.2.1. La potestad sancionatoria del Estado, sus proyecciones y la especificidad del derecho disciplinario.

4.2.1.1 Los diversos regímenes y sus diferencias.

De tiempo atrás esta Corporación, siguiendo los criterios que ya había enunciado la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía la guarda de la Constitución, ha señalado que el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como

género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o "impeachment"[7].

También ha señalado la jurisprudencia que si bien hay elementos comunes a los diversos regímenes sancionadores es lo cierto que las características específicas de cada uno de ellos exigen tratamientos diferenciales[8].

En ese orden de ideas, la Corte ha expresado que "entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal."[9]. -subrayas fuera de texto-.

En la doctrina[10]se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explicita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción especifica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso – régimen

---

7 Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

8 Ver Sentencia C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis S.V. Magistrados Rodrigo escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

9 Sentencia C-597 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero Esta orientación, de otra parte, coincide con líneas doctrinarias generalmente aceptadas, como pone de presente Ramón Parada cuando expresa que en materia penal el principio imperante debe ser el de reserva absoluta de ley mientras que en materia sancionatoria administrativa debe imperar el principio llamado de "cobertura legal" que "sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantías de las sanciones, pero con la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas es decir la tipicidad. Obra citada en la nota 17.

10 Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Tomo II. Segunda Edición. 2000.

disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta[11]), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem.

Así mismo dentro del ámbito sancionador administrativo cabe destacar la aceptación de la interdicción de las sanciones privativas de la libertad, la instauración de la multa como sanción prototípica y la necesaria observancia de un procedimiento legalmente establecido[12].

4.2.1.2 La especificidad del derecho disciplinario

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado[13]. Sin embargo en los otros ámbitos distintos al derecho penal dicha aplicación ha de considerar como lo ha señalado reiteradamente la Corporación, sus particularidades (C.P., art. 29) [14].

Dicha especificidad en lo que tiene que ver con el derecho disciplinario ha sido objeto de consideración por esta Corporación en numerosas ocasiones[15], en las que se ha referido particularmente a tres aspectos que, por lo demás, revisten especial importancia para el examen de los cargos planteados por el actor, ello son (i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, (ii) el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal.

Al respecto cabe recordar en efecto que esta Corporación en relación con la imposibilidad de asimilar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario ha señalado que:

> *"La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en*

---

11 Ver Ramón Parada Vásquez. Derecho Administrativo. Tomo I Marcial Pons. Madrid 1996. Luis Morell Ocaña. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II "La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional". Arandazi. Madrid. 1996.

12 Ver Sentencia C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis S.V. Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

13 Sentencia C-1161 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

14 Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-195 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-244 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-280 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis S.V. Magistrados Rodrigo escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

15 Al respecto ver la Síntesis efectuada en la Sentencia C- 181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra S.P.V.I. de los Magistrados Jaime Cordoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Alvao Tafur Galvis. Ver igualmente entre otras las sentencias C-708/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-155/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño S.P.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduerdo Montealegre Lynett.

abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido."[16]

Y en otra ocasión, la Corte expresó:

"Sea lo primero señalar que, el ejercicio del derecho del Estado a sancionar (ius punendi) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal[17]*, en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sinembargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico*[18]*."*[19]

Dicha autonomía a que alude la jurisprudencia citada parte del hecho de que los objetivos perseguidos por la ley disciplinaria son claramente distintos a los que pretende el régimen penal.

La ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.

Cabe recordar en ese sentido que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden

---

16 Sentencia T-146 de 1993.

17 Ver la Sentencia T-438/92, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Sentencia C-769/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

19 Sentencia C- 708/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6o. y 123)[20].

En ese contexto la Corte ha precisado que el derecho disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo"[21]; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliese los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional.

La Corte ha precisado igualmente que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones[22]. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas[23].

En este sentido también ha dicho la Corte que si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que - por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia[24].

---

[20] Ibidem Sentencia C- 708/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

[21] Sentencia C-341 de 1996

[22] En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha resaltado que la órbita de injerencia del derecho disciplinario se circunscribe al comportamiento de los servidores públicos en ejercicio de sus cargos. Por ello se ha expuesto que "*El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo".* Corte Constitucional. Sentencia C-341-96. M. P. Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido, se ha indicado que "*El Código Disciplinario Único comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos*". Corte Constitucional. Sentencia C-712.01. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[23] Ver Sentencia C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño. S.P.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduerdo Montealegre Lynett.

[24] Ver Sentencia C- 181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra S.P.V.I. de los Magistrados Jaime Cordoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Alvao Tafur Galvis.

De otra parte cabe recordar que la jurisprudencia ha señalado que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.

Ha dicho la Corte:

> *"(..) es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan:*
>
> > *'La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.*
> >
> > *Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron'[25]."[26].*

[25] Sentencia C-427/94, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

[26] Sentencia C- 708/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

De las consideraciones anteriores se desprende entonces que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados[27] permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así mismo cabe concluir que la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas.

Con base en las anteriores precisiones la Corte procede a efectuar el examen de los cargos planteados por el actor en relación con los artículo enunciados en el presente acápite de esta Sentencia.

4.2.2. El análisis de los cargos planteados en la demanda en contra del artículo 5 de la Ley 734 de 2002.

Para el actor el artículo 5 de la Ley 734 de 2002[28] debe ser declarado exequible pero bajo el entendido que la afectación del deber material a que alude la norma debe ser material y no formal. Petición que la vista fiscal considera improcedente por cuanto la norma no hace otra cosa que desarrollar la naturaleza del derecho disciplinario basada en el encauzamiento de la conducta de quienes cumplen funciones públicas con el objeto de que se cumplan los fines del Estado, por lo que en su concepto el resultado material de la conducta no es esencial para que se estructure la falta disciplinaria, pues el solo desconocimiento del deber es el que origina la antijuricidad de la conducta.

Al respecto la Corte constata que la norma traduce la adopción por el Legislador de una postura clara a favor de la autonomía del derecho disciplinario en materia de determinación de la antijuricidad de las conductas que dicho derecho sanciona frente a las categorías propias del derecho penal.

Cabe recordar en efecto que en el proyecto inicial presentado a consideración del Congreso el artículo quinto acusado era de un tenor sustancialmente diferente del que ahora se examina. Dicho artículo señalaba lo siguiente:

---

[27] Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario y su respeto del debido proceso Ver entre otras la Sentencia C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[28] **Artículo 5°. Ilicitud sustancial**. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

> Artículo 5°. *Lesividad*. La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas solo dará lugar a responsabilidad disciplinaria cuando afecte o ponga en peligro la función pública.

La exposición de motivos sustentaba dicho texto basada en las siguientes consideraciones:

> "Otra de las innovaciones en materia de principios rectores con contenido garantista la constituye la consagración expresa del principio de lesividad, refiriéndolo específicamente a la función pública, como único bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro amerita reproche disciplinario. Debido a la falta de claridad de la legislación vigente sobre este aspecto, la jurisprudencia y la doctrina plantearon tesis encontradas que el proyecto pretende resolver mediante una regulación expresa e inequívoca, en aras de la seguridad jurídica. El principio de lesividad se estructura como una garantía adicional en favor de los destinatarios de la ley disciplinaria, pero en el caso de este proyecto, claramente diferenciado del principio de lesividad o de antijuridicidad material que se desarrolla en la legislación penal vigente; el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro."

Este texto no fue acogido por el Congreso, que adoptó finalmente el texto que ahora se examina por la Corte. Para sustentar el abandono del texto inicial en la Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes del proyecto que se convertiría en la Ley 734 de 2002 [29] se hicieron las siguientes consideraciones:

> "La expresión "lesividad" es propia del derecho penal, mecanismo de control social que tiene como fundamento la protección de bienes jurídicos cuyo contenido viene dado por los derechos fundamentales. Trasplantar del derecho penal al derecho disciplinario tal expresión comporta introducir factores perturbadores que incidirán en la correcta interpretación de la ley, habida cuenta que, si bien en derecho disciplinario deben regir las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las mismas deben estar dotadas de su contenido propio y autónomo.
>
> Ciertamente que el derecho disciplinario protege en términos generales el correcto desempeño de la función pública, lo cual hace a través de una consideración global de la materia; empero, las especificaciones de tal protección vienen dadas por la imposición de deberes funcionales acordes con la función que cumple el servidor público en un Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 2º, 6º y 122 inciso 2º de la Carta Política).

[29] GACETA 263 DE 2001

Decoro, eficiencia y eficacia no son los únicos valores constitucionales encarnados en los deberes funcionales, habida cuenta que juegan otros como la moral pública, la imparcialidad, transparencia y objetividad que emanan de la Carta Política y el orden jurídico desarrolla.

No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado.

Ello es lo que se busca con la redacción inicial, empero, la misma resulta equívoca en la medida en que trata de buscar una autonomía e independencia del derecho penal a través de la utilización de las categorías dogmáticas de éste.

En efecto, la exposición de motivos presentada por la Procuraduría General de la Nación deslinda derecho penal y derecho disciplinario, señalando a éste como un "sistema autónomo e independiente, con objetivos y características propios"[1], precisando la necesidad de diferenciar la antijuridicidad penal de la disciplinaria, pues en aquél se habla del "principio de lesividad o de antijuridicidad material"[2].

Pues bien, si ello es así, como lo es por resultar correcto, no se puede utilizar en derecho disciplinario la expresión lesividad, habida cuenta que la misma denota un sistema de injusto montado sobre la base de la lesión a bienes jurídicos tutelados, cuya puesta en peligro o lesión origina la antijuridicidad material como categoría dogmática.

El derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría una errática política criminal, habida cuenta que no existiendo diferencias sustanciales entre derecho penal y derecho disciplinario por virtud de ello, llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales.

Si, como lo afirmó la exposición de motivos "el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro"[3], tal cometido, sin que se presente a interpretaciones diferentes, se logra con la modificación propuesta."

Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones[30].

[30] Ver Sentencia C-417/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria[31].

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por si misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.

No asiste razón, en consecuencia, al actor cuando solicita la constitucionalidad condicionada de la norma, pues como se ha visto ella simplemente traduce la especificidad propia de la falta disciplinaria en relación con la antijuricidad de las conductas que sanciona la Ley disciplinaria, por lo que la Corte declarará la exequibilidad pura y simple del artículo 5 de la Ley 734 de 2002, pero circunscrita al cargo analizado y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.

Doctrina: Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios. Radicación Nº **001-40993**.

> **RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA** - Infracción de deberes funcionales / **FALTA DISCIPLINARIA** - Se configura porque se infringen deberes funcionales **/ DELITO** - Se configura porque se vulneran bienes jurídicos

[31] Ver Sentencia C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño. S.P.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Omisión de responder oportunamente / **SERVIDOR PÚBLICO** - Actividad funcional debe ser diligente y eficaz / **CULPA POR ASUNCIÓN**

Es que el juicio de reproche disciplinario es independiente de la demostración del dolo o la culpa en el proceso penal, porque en éste se incurre en la conducta tipificada como delito y en el derecho disciplinario en el tipo de infracción de deberes funcionales, por lo que no toda infracción a estos deberes genera, por ejemplo, delito de prevaricato o abuso de autoridad, pero sí puede implicar responsabilidad disciplinaria. Aquí radica la diferenciación de una y otra forma de responsabilidad.

Porque si la conducta típica y la culpabilidad fueran la misma cosa en el derecho penal y el disciplinario, y estos dos derechos fueran de igual naturaleza, resultaría, en primer lugar, que no tendría por qué haber dos normatividades legales tratando un único asunto y, en segundo lugar, se estaría sancionando dos veces por lo mismo, y bien se sabe que así se vulneraría el *principio del non bis in ídem*.

La falta disciplinaria se configura porque se infringen deberes funcionales y el delito porque se vulneran bienes jurídicos. En aquel derecho se constata la ilicitud frente al deber funcional y en el segundo (penal) en la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico.

Siendo así las cosas, el vencimiento de términos por la conducta omisiva que configura el silencio administrativo no necesariamente da lugar a responsabilidad penal por prevaricato por omisión, pero si puede dar lugar a una sanción disciplinaria con el fin de que la buena marcha de la administración, su eficiencia y eficacia no resulten afectadas por el incumplimiento de los deberes funcionales, que como en el caso en estudio, el incumplimiento del término significó la configuración del acto administrativo ficto por silencio administrativo positivo.

En cuanto al archivo del juicio de responsabilidad fiscal, a favor de los disciplinados, sucede igual cosa: no toda conducta que infrinja un deber funcional conlleva a responsabilidad fiscal. Obsérvese como en el presente caso, se configuró el silencio positivo, independientemente de que acto seguido RCN TV haya pagado todo el capital e intereses adeudados. Este pago no desnaturalizó la formación del silencio positivo, ni hizo desaparecer el acto administrativo ficto del mundo jurídico. Ni siquiera el pago lleva al decaimiento del acto ficto.

Por lo tanto, las preclusiones dictadas dentro de los procesos penal y fiscal en ninguna manera enervan, anulan o imponen la terminación del proceso disciplinario.

El despacho encuentra, del examen cronológico de las discusiones sostenidas durante las sesiones de los miembros de la Junta Directiva de la CNTV, que sólo cuando se venció el plazo perentorio establecido en la ley para responder la solicitud de RCN TV,

se procedió a votar ya no para decidir el objeto de la petición, sino el hecho irreversible del silencio positivo causado por la omisión de responder oportunamente.

El comportamiento de los Comisionados no denota precisamente el cuidado y la diligencia necesarios que se espera de quien ostentando una de las más altas dignidades dentro del Estado, quienes deberían actuar en pro de los intereses de la sociedad y del mismo Estado, cuya vigencia se manifiesta también atendiendo las peticiones de los asociados.

Al analizar la conducta omisiva resulta evidente que se consolidó acto administrativo ficto por configuración del silencio administrativo positivo, que accedió a lo solicitado por RCN TV. Ahí, no hay duda alguna, que ya se desconoció la ley, ya se cometió el hecho, y por ello existe la conducta omisiva, la cual es adecuable típicamente a la infracción del deber de cumplir la Constitución y la Ley 80 de 1993, artículo 25, numeral 16. Ya se es autor de una conducta disciplinaria típica.

Aunque atendiendo al itinerario de la comisión de la conducta omisiva, que como se anotó, ya está consumada como infracción al deber de cumplir la Constitución y la ley, pero aún no se ha terminado su ejecución y puede producir como resultado, agotándose ahí sí, un detrimento patrimonial al Estado. Resultado que para los efectos disciplinarios no tendría otra incidencia que hacer más gravosa la situación del servidor público, en la medida que la dosimetría de la sanción consideraría indefectiblemente si hubo resultado dañoso y se causó mayor o menor daño, es decir, el resultado serviría, en el caso en estudio, como medida de atenuación o agravación de la sanción, pero no es el fundante de la conducta típica.

Es sabido que en el ámbito de la administración pública al servidor público, y al particular que ejerza funciones públicas, sólo le está permitido hacer lo que le manda el ordenamiento legal, no puede hacer más (se extralimitaría), tampoco menos, porque por acción u omisión infringiría sus deberes. Entonces, si no se hace lo que manda la ley se estará infringiendo el deber, infracción que si es antijurídica y culpable, dará lugar a la sanción, donde el resultado o el daño, según el caso, se tendrá en cuenta para la graduación de la sanción. Recuérdese que se sanciona la infracción a los deberes funcionales, así como no hacer lo que manda la ley, según se dijo líneas arriba, es esto lo que configura lo objetivo, la tipificación de la falta, según lo prevé el artículo 38 de la Ley 200 de 1995 (CDU).

En resumen, no es el detrimento patrimonial, o resultado dañoso contra el patrimonio del Estado el que se está imputando a los disciplinables, es la infracción al deber de atender la petición oportunamente, es la desatención al deber de no permitir que se conteste la solicitud mediante el acto ficto o presunto.

La actividad funcional debe ser diligente, pero la diligencia no se predica en el hecho de realizar actos tendientes a satisfacer uno de los fines del Estado o de las funciones encomendadas, tales actos deben tener eficacia y no como en el presente caso en que se trató el asunto en varias sesiones de la Junta Directiva y sin que el tema fuera

complejo se dejó vencer el término sin respuesta. Es que fueron inanes o vanos los estudios del asunto porque finalmente nada se decidió, luego, entonces, se fue negligente, porque considerar un tema sin que haya manifestación eficaz de la voluntad administrativa, es como no haberlo tratado. En fin una o varias reuniones en que nada se decidió, no quiere decir que haya habido diligencia.

Por último, se considera que la imputación hecha a la doctora *Cecilia Reyes de León* sobre la violación del numeral 1 del artículo 40 del CDU, se debe al desconocimiento en que incurrió la disciplinada de las normas que en materia de contratación le fueron citadas en el auto de cargos. No se necesita un mayor análisis jurídico para concluir que si uno de los deberes de los servidores públicos es cumplir las leyes y si éstas no se observan adecuadamente como en el caso que ahora ocupa al Despacho, se incurre en violación a los deberes funcionales.

2. Con relación a las alegaciones del Comisionado *Edgar Plazas Herrera* se advierte lo siguiente:

Cualquiera que hubiera sido la posición jurídica asumida por el doctor *Edgar Plazas Herrera* en relación con la solicitud de RCN, debió haberse traducido en una decisión, en un acto administrativo favorable o desfavorable con relación a la petición de la Concesionaria. Es decir, para el Despacho no basta con que este Comisionado hubiese considerado siempre como improcedente la solicitud de RCN TV, sino esa improcedencia debió haberse manifestado en una respuesta al peticionario, dentro del plazo que para ello fijó la ley.

Aquí no se cuestiona cuál era la opinión jurídica particular de cada Comisionado sobre la procedencia de aceptación o negación de la petición, sino la ausencia de respuesta adecuada, en el tiempo oportuno, conforme a los parámetros legales. Por ello es que tampoco es de recibo el argumento del doctor *Edgar Plazas Herrera* cuando dice que él siempre se apartó de los criterios expresados por sus demás compañeros de Junta, al señalar que no procedía el silencio positivo en virtud de haber sido presentada por el mismo contratista una petición posterior, radicada en la CNTV el 14 de octubre de 1999.

Sobre este último evento el Despacho aclara que además de que no hubo unanimidad por parte de los miembros de la Junta Directiva de la CNTV sobre la existencia de la petición del 14 de octubre, al punto de que no se consideró recibida por la entidad y no fue tenida en cuenta para decidir la petición de RCN TV, tampoco están dados los presupuestos del artículo 12 del Código Contencioso Administrativo, como lo pretende el disciplinado *Edgar Plazas Herrera*, toda vez que dicha comunicación no obedeció a ningún requerimiento de la autoridad oficial, no se aportaba ninguna información o documento nuevo que pudiera eventualmente incidir en la decisión y lo único que hacía era recapitular lo acontecido y recordarle a la Junta Directiva de la CNTV que a esa fecha, la petición del 10 de septiembre, no había sido resuelta aún.

Además, tales planteamientos solo fueron argüidos por el doctor *Edgar Plazas Herrera* con posterioridad al vencimiento del término que tenía la entidad para decidir la solicitud

que RCN le había presentado. Por ello es una estrategia para darle una salida jurídica al hecho de configurarse el acto ficto.

Indudablemente la responsabilidad que aquí se cuestiona es individual, como era individual la obligación de cada uno de los miembros de la Junta Directiva de la CNTV de votar en tiempo la solicitud planteada por parte del representante legal de RCN. Pero las pruebas demuestran que la conducta de los ahora disciplinables en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar fue la misma. Todos concurrieron de la misma manera a la formación de la voluntad estatal.

Las decisiones posteriores al acaecimiento del silencio positivo en contra de RCN TV, tales como la revocatoria del acto presunto, a través de la resolución 0105 del 18 de febrero de 2000, y la confirmación de ésta, por la resolución 0368 del 11 de mayo de ese mismo año, pertenecen a situaciones que en nada modifican el cuestionamiento hecho por la Procuraduría a quienes como miembros de la Junta Directiva de la CNTV, dejaron vencer el plazo legal que tenían para responder una solicitud elevada ante dicha entidad oficial.

"…Esta situación, estima el Despacho, no constituye ningún atenuante sobre la responsabilidad que le cabe en relación con los hechos de la presente investigación. Fuera de que contó con la opinión de los demás Comisionados, la de sus asesores de planta y la de aquellos que fueron contratados por la entidad y a quienes se les canceló honorarios por sus servicios, tenía el deber de conocer qué era lo que le mandaba la ley hacer y así decidir. Debía conocer que disponía de tres meses para contestar la petición. Y si no estudió las normas que rigen su labor y conoció qué le era permitido y qué le estaba prohibido, entonces, incurrió en culpa porque asumió el ejercicio una actividad funcional que no conocía. Así las cosas, ejercitó el cargo asumiendo las responsabilidades que se ocasionaran debido a su desconocimiento de sus deberes, es decir, actuó con lo que conoce la jurisprudencia y la doctrina como ***culpa por asunción***. En todo caso, ni su escasa formación jurídica, ni la contratación de asesores externos, ni la asesoría de los empleados de la CNTV, desvirtúan que se dejó vencer el término para decidir sin haber producido algún acto administrativo, es decir, sin haber resuelto la petición.

"…Lo cierto es que las situaciones administrativas que se suscitaron a raíz del desconocimiento del deber legal de responder la solicitud de RCN, condujeron a todo lo contrario, esto es, al reconocimiento pleno del silencio administrativo a favor del peticionario y a todos los derechos que de ello se derivaban. Tal vez si la doctora *Yolanda Naranjo de Arbeláez*, o mejor, todos los Comisionados, hubieran sido diligentes y hubieran respondido en tiempo la solicitud incoada, hubieran llegado a la misma conclusión a la que llega su apoderada. Que el silencio administrativo no puede desbordar los límites de la ley, y su protocolización no puede tenerse como ejercicio irregular del derecho que otorgan las leyes.

Artículo 6°. *Debido proceso.* El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público.

Artículo 7°. *Efecto general inmediato de las normas procesales.* La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine.

Jurisprudencia: Mediante sentencia **C-948/02** la Corte Constitucional ordenó estarse a lo resuelto en la providencia **C-181/02**.

PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO - Objeto

PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO Y DERECHOS ADQUIRIDOS - Relación

NO JUZGAMIENTO SINO CONFORME A LEYES PREEXISTENTES - Efectividad en situaciones jurídicas consolidadas ***/*** **LEY** - No rige situación jurídica anterior a su vigencia

LEY PROCESAL - Vigencia inmediata

PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO - Situaciones de hecho que surgen durante su vigencia

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN DERECHO DISCIPLINARIO

PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO Y DE FAVORABILIDAD PENAL - Aplicación en el campo disciplinario

NORMA SUSTANCIAL Y NORMA PROCESAL - Aplicación de disposiciones más favorables

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN DERECHO PROCESAL DISCIPLINARIO

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO - Aplicación inmediata ***/*** **LEY DISCIPLINARIA** - Aplicación inmediata

A la Corte le corresponde determinar si al disponer la aplicación inmediata de las normas procesales en materia disciplinaria, la norma acusada quebranta el contenido del artículo 29 de la Constitución Política en cuanto afirma que "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa."*.

i) Aplicación de la ley en el tiempo

La regla general sobre la aplicación de la ley en el tiempo prescribe que las leyes rigen a partir de su promulgación, hacia el futuro y hasta su derogatoria. Este principio, ampliamente aceptado, ha sido recogido desde sus orígenes por la normatividad nacional pues constituye la principal garantía de conocimiento, por parte de los asociados, de la voluntad de su legislador; así como la base fundamental para la seguridad y la estabilidad del orden jurídico[32].

De este modo, el principio en cuestión tiene íntima vinculación con la protección de los derechos adquiridos, protección expresamente consagrada en el artículo 58 de la Carta según el cual, *"se garantizan los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".* La disposición constitucional del artículo 58 busca la protección del ciudadano frente a la expedición de normas que, a posteriori, podrían modificar el contenido de sus derechos subjetivos o la calificación de las conductas jurídicamente reprochables en las que posiblemente hayan incurrido.

En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica nullum crimen, nulla poena sine lege, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: *"nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa" (art. 29,* C.P.). El claro mandato que se incluye en la carta señala que, por regla general, la norma aplicable en un caso determinado es aquella que se encuentra vigente al momento de la comisión del hecho imputado, lo que en otros términos significa que los efectos de la norma jurídica no son retroactivos.

En términos generales, el principio que se analiza tiene plena efectividad en relación con las situaciones jurídicas consolidadas que se predican de los derechos subjetivos. De este modo, y según la prohibición del artículo 58 constitucional, una ley posterior estaría impedida para regir una situación jurídica que ha surgido con anterioridad a su vigencia.

En materia procesal –no obstante- el principio se invierte: la regla general es que la aplicación de la ley procesal en el tiempo es inmediata, debido al carácter público de la

---

32 "El principio general que informa nuestra legislación positiva es el que las leyes han de tener efecto de aplicación para lo porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencialmente en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico"(C.S.J. Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 24 de 1976)

misma, y que la ley nueva rige los procedimientos que se han iniciado bajo la vigencia de la ley anterior; excepto las diligencias, términos y actuaciones que hayan comenzado a correr o a ejecutarse bajo la vigencia del régimen derogado.

En efecto, la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la regla básica en este campo es la de la aplicación inmediata de las normas procesales, ya que el diseño de los trámites a que debe someterse una discusión jurídica no es asunto que incida necesariamente en el contenido del derecho sustancial, por lo que su alteración no modifica la intangibilidad de los derechos adquiridos, protegida constitucionalmente en el artículo 58 de la Carta.

Lo anterior, como ya se adelantó, debe complementarse con la salvedad que los trámites, diligencias y términos que hayan comenzado a realizarse con anterioridad a la entrada en vigencia de una ley, deben respetarse en las condiciones previstas por la ley anterior.

En este sentido, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prescribe:

> *Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.*

Las normas que, en la materia, se encuentran consignadas en la Ley 153 de 1887, han sido consideradas por la jurisprudencia como reglas de interpretación y aplicación de la ley que guían al operador jurídico en la resolución de los conflictos sometidos a su decisión.

Ahora bien, el principio del que se viene hablando, aquél que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante, la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos *“en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.*

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del

cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultra actividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional, uno de cuyos fallos se cita a continuación:

> "…la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal". (Sentencia C-619 de 2001. Subrayas fuera del original)

Tal como lo reconoce la providencia en cita, el ingreso de nuevas disposiciones procesales en materia penal también debe respetar el principio de la favorabilidad. Ello hace que el principio en cuestión también sea aplicable al derecho disciplinario, ya que las máximas de ésta área jurídica se inspiran, por naturaleza, en las del derecho penal. Así lo reconoce el artículo 18 de la Ley 200 de 1995 cuando prescribe:

> *ARTICULO 18. PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS RECTORES. En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores que determina este Código, la Constitución Política y las normas de los Códigos Penal, Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo.*

Adicionalmente, y de forma expresa, el artículo 15 de la misma ley reconoce la aplicación del principio de favorabilidad en materia disciplinaria:

> *ARTICULO 15. FAVORABILIDAD. En materia disciplinaria la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

Del mismo modo lo resalta la Corte Constitucional en sus fallos, tal como se lee en el siguiente aparte jurisprudencial:

> *"…el derecho disciplinario, por su naturaleza sancionadora, es una especie del derecho punitivo. Ello implica que las garantías sustanciales y procesales del derecho más general, el penal, sean aplicables al régimen disciplinario. Es decir, que ante la ausencia de reglas y principios propios que rijan lo*

disciplinario, dado que es un derecho en proceso de sistematización y elaboración de los institutos sustanciales y procesales que lo estructuren como una disciplina autónoma, se ha hecho imperioso acudir a los principios y garantías propios del derecho penal (Sentencia C-769 de 1999)"

Esta integración que se ha hecho entre el principio de aplicación inmediata de la ley y el de favorabilidad penal, aplicado específicamente al campo del derecho disciplinario, fue –precisamente- objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional cuando el tribunal sostuvo que el artículo 9º de la Ley 200 de 1995 debía ser interpretado a la luz de las demás disposiciones legales para garantizar su concordancia con las prescripciones de la Carta.

En esa oportunidad, mediante providencia de revisión de fallo de tutela, la Corte presentó las siguientes afirmaciones, que refuerzan la posición aquí asumida:

"A propósito de la aplicación de la ley en el tiempo, los artículos 9 y 176 de la Ley 200 de 1995 disponen lo siguiente:

'Artículo 9. Aplicación inmediata de la Ley. La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine'.

'Artículo 176.- Transitoriedad. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente Ley se encuentren con oficio de cargos notificado legalmente, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento anterior'.

"Téngase en cuenta que, como lo establece la primera norma transcrita, el principio general consiste en la aplicación inmediata de la Ley 200 tanto en los aspectos de fondo como de forma. Y, en cuanto atañe al tránsito de regímenes, el artículo 176 consagra la excepción a esa regla respecto del "procedimiento".

"Ahora bien, ambas normas deben ser interpretadas de tal forma que no desconozcan el principio de favorabilidad que en materia disciplinaria tiene plena aplicación, pues como lo establece el artículo 15 del mismo estatuto, "la ley favorable o permisiva se aplicará **de preferencia** a la restrictiva o desfavorable", lo que representa desarrollo y aplicación del mandato consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

"La anterior afirmación se encuentra reforzada por lo establecido en el artículo 18 de la mencionada ley, el cual hace alusión a la prevalencia en la interpretación y aplicación del régimen disciplinario, de los principios rectores consagrados en ese Código, en la Constitución Política y en los códigos Penal y de Procedimiento Penal.

“En este orden de ideas, se concluye que tanto en materia sustantiva como procesal, las disposiciones más favorables al inculpado deben aplicarse de manera preferente, aunque el régimen transitorio determine en principio cosa diversa.”(Sentencia C-625 de 1997. Subrayas fuera del original)

Del fallo transcrito se deduce entonces que, a pesar de que en materia disciplinaria el principio de aplicación inmediata de la ley procesal constituye pieza fundamental del sistema, éste debe integrarse con el principio de favorabilidad en virtud de la estirpe constitucional del último.

ii) Constitucionalidad de la norma demandada

El cargo del impugnante señala que al disponer la aplicación inmediata de la ley procesal, el artículo demandado quebranta el principio de que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa”. El artículo 9º de la Ley 200 de 1995 quebrantaría el canon constitucional porque permitiría que faltas disciplinarias cometidas en un determinado momento, fueran juzgadas con base en normas procesales que no se encontraban vigentes para el tiempo de su comisión. En esta medida, la norma legal estaría incluyendo una excepción no prevista en el canon superior, respecto de las normas procesales del régimen disciplinario. Dice el demandante que la única excepción a la máxima constitucional es la de la aplicación favorable de la ley.

Vistas las consideraciones precedentes y la jurisprudencia traída a colación, esta Corporación no encuentra jurídicamente aceptables los cargos de la demanda.

Ello es así porque, precisamente, la pretensión del artículo 9º de la ley 200 de 1995 es realizar el principio general contenido en el 29 de la Carta que prescribe la aplicación de la norma jurídica a partir de su promulgación y hacia el futuro.

De acuerdo con lo dicho, la norma acusada debería interpretarse partiendo de tres principios fundamentales. El primero, que la ley opera hacia adelante en el tiempo; el segundo, que las normas procesales o de trámite entran a regir inmediatamente, y el tercero, que lo anterior no excluye la aplicación favorable de la ley en el tiempo ni la existencia de un régimen de transición que permita continuar con los trámites previstos en la ley anterior, en los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la ley nueva se encontraren con oficio de cargos legalmente notificado.

Así las cosas, esta Corporación considera que el precepto acusado se ajusta a los cánones constitucionales puesto que su único cometido es el de realizar un principio de aplicación normativa ampliamente aceptado, que a todas luces admite aplicación favorable de los procedimientos derogados. Pese a que los cargos de la demanda parecen presentar la norma como disposición contraria a los principios superiores, de la interpretación que aquí se le ha dado se concluye precisamente lo contrario: la

disposición pretende, antes que nada, la protección de los derechos individuales derivados de los cambios de legislación.

De esta manera, la Corte declarará su exequibilidad.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Agencia del Ministerio Público ante el Consejo Superior de la Judicatura. Radicación Nº **20010113-2001**.

> **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación de normas procesales con efectos sustanciales

"... La suscrita agencia del Ministerio Público ha sostenido en situaciones como la que en este momento se estudia, que si bien la regla general es que las normas procesales que fijan jurisdicción, competencia, ritualidades, formalismos o sustanciación en materia disciplinaria, son de cumplimiento inmediato, se debe tener en cuenta que en virtud de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, y acudiendo en estos casos a la normatividad procesal penal en virtud de la aplicación de principios e integración normativa, las normas procesales de efectos sustanciales en materia disciplinaria también pueden llegar a tener efectos retroactivos o ultractivos, en el evento en que resulten favorables a los procesados.

Al analizar el contenido y alcance de las normas procedimentales plasmadas en la Ley 200 de 1995 y en la Ley 734 de 2002, resulta evidente que la aplicación del procedimiento ordinario señalado en la primera de las legislaciones anotadas presenta condiciones que pueden ser más favorables a los implicados, dada la existencia de etapas claramente diferenciadas, las cuales conceden mayores términos para que el funcionario investigado pueda preparar su defensa.

Se afirma lo anterior haciendo referencia exclusiva a casos específicos en los que se ven involucradas las dos legislaciones anotadas, ya que en manera alguna se pretende cuestionar o desvirtuar la importancia que reviste la implementación del procedimiento verbal en materia disciplinaria, sobre todo en la intención manifiesta que ha tenido el legislador de avanzar progresivamente hacia un sistema oral, máxime cuando están de por medio los fines esenciales del Estado, entre ellos la recta administración de justicia, situaciones que demandan una resolución oportuna. Pero esa búsqueda de respuestas efectivas implica la observación de todas aquellas disposiciones constitucionales que contribuyan al logro de tales fines estatales"

Entonces, teniendo en cuenta que la conducta presuntamente irregular que se atribuye a los doctores..., tuvo ocurrencia en vigencia de la Ley 200 de 1995, ésta es la

normatividad que, en opinión del Ministerio Público, debe aplicarse de manera preferente a la señalada en la Ley 734 de 2002, en virtud del principio de favorabilidad.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Agencia del Ministerio Público ante el Consejo Superior de la Judicatura. Radicación Nº **2002-0810-01**.

> **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación en materia procesal disciplinaria

"El 17 de abril de 2002, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander, asumió el trámite de la impugnación presentada contra la decisión adoptada por los Magistrados de la Sala Civil –Familia-Laboral del Tribunal Superior de Pamplona del Norte de Santander. Con ponencia del doctor..., el 29 de abril de dicho año esa Corporación dictó el referido fallo y resolvió no tutelar los derechos a la igualdad y al debido proceso solicitados por los accionantes.

Lo anterior indica que la conducta presuntamente irregular que se atribuye al funcionario inculpado ocurrió bajo la vigencia de la ley 200 de 1995.

Con fundamento en los principios de favorabilidad, de interpretación y de integración normativa, contenidos en los artículos 14, 20 y 21 de la ley 734 de 2002, respectivamente, considero que el procedimiento que se debe aplicar en el proceso de la referencia debe ser el que regía para la época de los hechos, en virtud de la ultractividad de la norma.

Si bien la regla general es la de que las normas procesales que fijan jurisdicción, competencia, ritualidades, formalismos o sustanciación en el proceso tienen vigencia inmediata, sin embargo, con base en la interpretación de los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887, la jurisprudencia y la doctrina señalan que la norma se califica como *"procesal penal de efectos sustanciales"* para darle efectos retroactivos o ultractivos si son favorables al procesado.

(…)

De acuerdo a lo reiterado en la jurisprudencia y la doctrina, el ingreso de nuevas disposiciones procesales en materia penal también debe respetar el principio de favorabilidad, el cual también es aplicable al derecho disciplinario, así lo reconoce el artículo 21 de la ley 734 de 2002 cuando establece:

'En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se

aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.'

Lo anterior concuerda con lo reconocido en el artículo 14 de la misma ley:

"En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable..."

Respecto de la aplicación de la ley en el tiempo, el artículo 223 de la ley 734 de 2002 dispone:

"Transitoriedad. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior."

Al respecto la Corte Constitucional al analizar el artículo 176 transitorio de la ley 200 de 1995, concluyó:

"En este orden de ideas, se concluye que tanto en materia sustantiva como procesal, las disposiciones más favorables al inculpado deben aplicarse de manera preferente, aunque el régimen transitorio determine en principio cosa diversa." (Sentencia C-625 de 1997).

El artículo 29 de la norma superior descansa en la ley anterior al hecho del proceso, y la aplicación de una ley posterior lo condiciona al carácter permisivo y favorable para el inculpado.

En conclusión, a juicio de esta agencia del Ministerio Público, en la medida en que se dispone la aplicación del procedimiento especial establecido en el artículo 175 de la ley 734 de 2002, al caso jurisdiccional disciplinario que examina la conducta del doctor ..., se están aplicando disposiciones procesales que son menos favorables al procesado, lo que podría entrañar una violación del artículo 29 Constitucional y con ello se afectaría en forma grave la decisión que se tomara en este asunto, con perjuicio de la recta administración de justicia.

La favorabilidad que se vislumbra en el procedimiento ordinario que debe seguirse, tiene que ver con el mayor término de que dispone el funcionario disciplinado para preparar su defensa, y la existencia de etapas que para su desenvolvimiento conllevan otra serie de garantías que indudablemente obran en su beneficio.

Esta Agencia del Ministerio Público no puede dejar pasar por alto la importancia que concede y reconoce al procedimiento verbal, la intención manifiesta que ha tenido el legislador de que se avance progresivamente hacia un sistema oral, máxime cuando están de por medio fines esenciales del Estado, como los de la recta administración de

justicia, situaciones que demandan una resolución oportuna. Pero esa búsqueda de respuestas efectivas implica que se observen, además, aquellas otras disposiciones Constitucionales que contribuyan al logro de los fines estatales."

Artículo 8°. ***Reconocimiento de la dignidad humana.*** Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Artículo 9°. ***Presunción de inocencia.*** A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

Jurisprudencia: El texto de este inciso corresponde en similar sentido al texto del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 200 de 1995 que fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-244/96**.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / IN DUBIO PRO DISCIPLINADO

Considera la demandante que este artículo al prescribir que "en el proceso disciplinario toda duda razonable se resolverá en favor del disciplinado, cuando no haya modo de eliminarla", vulnera la presunción de inocencia contenida en el artículo 29 de la Carta, pues "si se absuelve a una persona no es porque sea inocente sino por que la duda lo favoreció", entonces "no es entendible cómo a un inocente la duda lo favorece, cuando por encima de todo es inocente".

El derecho fundamental que tiene toda persona a que se presuma su inocencia, mientras no haya sido declarada responsable, se encuentra consagrado en nuestro Ordenamiento constitucional en el artículo 29, en estos términos: *"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable",* lo que significa que nadie puede ser culpado de un hecho hasta tanto su culpabilidad no haya sido plenamente demostrada.

Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador -disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado.

Ahora bien: el principio general de derecho denominado "*in dubio pro reo*" de amplia utilización en materia delictiva, y que se venía aplicando en el proceso disciplinario por analogía, llevó al legislador a consagrar en la disposición que hoy se acusa, el *in dubio pro disciplinado,* según el cual, toda duda que se presente en el adelantamiento de procesos de esta índole, debe resolverse en favor del disciplinado.

El "in dubio pro disciplinado", al igual que el "in dubio pro reo" emana de la presunción de inocencia, pues ésta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y la obligación de dar un tratamiento especial al procesado.

Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la Administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la Administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso; dependiendo de quien adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado.

Siendo así, no entiende la Corte cómo se pueda vulnerar la presunción de inocencia cuando se ordena a la autoridad administrativa competente para investigar a un determinado funcionario público que en caso de duda sobre la responsabilidad del disciplinado ésta ha de resolverse en su favor. Y, por el contrario, advierte que de no procederse en esa forma sí se produciría la violación de tal presunción, pues si los hechos que constituyen una infracción administrativa no están debidamente probados en el expediente, o no conducen a un grado de certeza que permita concluir que el investigado es responsable, mal podría declararse culpable a quien no se le ha podido demostrar la autoría o participación en la conducta antijurídica.

Para concluir este punto, considera la Corte importante agregar que la duda debe ser razonable, esto es, concordante con la prueba existente en el proceso, pues mal harían la Administración o la Procuraduría, en aducir la duda como fundamento de una decisión favorable al disciplinado, cuando del acervo probatorio recaudado se concluye que sí es responsable de los hechos que se le imputan, proceder que en caso de producirse daría lugar a las correspondientes acciones penales y disciplinarias en contra de la autoridad que así actuara.

En razón de lo anotado, el artículo 6o. de la ley 200 de 1995 será declarado exequible por no violar canon constitucional alguno.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **028-14441 (161-01562)**.

PRINCIPIO DE LA DUDA - Aplicabilidad por ausencia de soporte jurídico y probatorio del proceso disciplinario

Ha pretendido la apoderada del recurrente, que se acepte la actuación del disciplinado como identificada con lo establecido en el artículo 100 de la Ordenanza 083 de 1996, que era el Estatuto Orgánico del Presupuesto o Código Fiscal de Santander en lo relativo al procedimiento seguido por el gobierno en el evento de apertura de créditos adicionales, como quiera que, su defendido actuó con fundamento en el inciso segundo del artículo 26 del Decreto 392 de 1996, que dispone ***"Cuando no estuviere reunida la Asamblea el gobierno departamental hará por decreto los traslados y CRÉDITOS ADICIONALES al presupuesto general del departamento previa aprobación de la Comisión de Hacienda",*** y a renglón seguido agrega que correspondiendo la carga de la prueba a la Procuraduría se debió probar, si la Corporación estaba reunida o no, circunstancia que no fue demostrada dentro del plenario, pero que no puede tenerse en contra de su defendido.

(...)

Es evidente, que en ningún momento el A quo cuestionó la legalidad del Decreto 392 de 1996, sobre el cual, la apoderada del disciplinado apoya la solicitud de absolución de su defendido, pues no hay duda que se le otorga por esa instancia plena validez; lo que si es claro para el operador disciplinario de primera instancia, es que el contenido del artículo 26 del precitado Decreto, de ninguna manera autorizaba al doctor **MARIO CAMACHO PRADA**, en su condición de Gobernador del Departamento de Santander, para hacer créditos adicionales y con ello modificar el presupuesto establecido para el año 1997.

(...)

Frente a la disposición en cita, resulta indudable que en el primer literal de la misma, se autorizó al ejecutivo departamental de Santander para trasladar recursos desde un rubro a otro, es decir, disminuir una suma apropiada inicialmente con el objeto de incrementar o acreditar la apropiación de otros artículos o rubros.

Implica lo anterior, que la Asamblea Departamental de Santander condicionó la autorización dada al ejecutivo para que se llevaran a cabo dichos traslados por decreto, pero observando los siguientes requisitos:

1. Se realicen entre los grandes conceptos del gasto (inversión funcionamiento y servicio de la deuda.
2. Deben hacerse durante la vigencia y ejecución del presupuesto del año 1997.

3. Se realicen para atender los requerimientos de apropiación necesarios en el proceso de retiro voluntario y/o reforma administrativa que adelanta la administración seccional.

Implica lo anterior, que el competente autorizó al ejecutivo para que llevara a cabo dichos traslados, sin tener que presentarle proyecto, siempre y cuando se cumplieran los requisitos precedentemente relacionados.

El segundo literal, contrario sensu, lo autoriza para que por decreto, proceda a disponer lo siguiente:

1. ***Traslados al Presupuesto General:*** (disminución una suma apropiada inicialmente con el objeto de incrementar o acreditar la apropiación de otros artículos o rubros. -contracréditos y créditos-), pero la condición para su realización es diferente al primer literal, ya que no lo condiciona a que sea entre los grandes conceptos del gasto, ni para un fin determinado, sino que pueden hacerse al Presupuesto General del Departamento, pero *"Cuando no estuviere reunida la Asamblea"* es decir, la condición es ésta última subrayada.

2. ***Créditos adicionales al presupuesto General:*** Entendidos, como el aumento de los valores presupuestados en los ingresos y gastos, o la apertura de rubros que inicialmente no se encontraban en el presupuesto. En consecuencia, al referirse a **"Créditos adicionales al Presupuesto General"** la condición esta dada única y exclusivamente a que "no estuviere reunida la Asamblea".

En el evento en examen, es un hecho probado que con la expedición del Decreto No. 0458 del 22 de diciembre de 1997, si se modificó el Presupuesto General del Departamento de Santander, a través de créditos adicionales, y que de conformidad con el artículo 26 del Decreto No. 396 del 20 de diciembre de 1996, por el cual se fija el Presupuesto General del Departamento para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 1997 (fl. 105 a 114), cuya legalidad y aprobación no son objeto de cuestionamiento en el presente disciplinario, se autorizó al ejecutivo representado por el doctor **MARIO CAMACHO PRADA**, para hacer por decreto créditos adicionales al presupuesto General del Departamento, con la única condición para que ésta operara, que no estuviere reunida la Asamblea y previa aprobación de la Comisión de Hacienda y Crédito Público.

Cabe precisar en el presente estudio, que éstas condiciones no fueron objeto de verificación por parte del investigador disciplinario, generándose duda sobre su cumplimiento, la que de conformidad con los principios que regulan el debido proceso disciplinario, debe ser resuelta en favor del implicado.

Es ostensible que en las anteriores circunstancias no puede esta Sala Disciplinaria mantener en firme la conducta reprochada al señor **MARIO CAMACHO PRADA**, toda vez que, ésta no se estructuró, por cuanto no hubo extralimitación de funciones en

razón a que estaba debidamente autorizado por un acto administrativo para realizar créditos adicionales al Presupuesto General del Departamento, cuya legalidad no es objeto de estudio disciplinario y máxime cuando del texto del Decreto 0458 del 22 de diciembre de 1997, se infiere, que la expedición del mismo se hace ***"(...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 0392/96, la Comisión de hacienda y Crédito Público de la Asamblea Departamental emitió concepto favorable para efectuar las anteriores modificaciones al Presupuesto General del Departamento, según oficio de diciembre 18 de 1997.",*** situación esta que permite a esta Sala Disciplinaria inferir, que la actuación del disciplinado estuvo exenta del factor Subjetivo de culpabilidad.

De acuerdo a lo señalado en precedencia, la Sala **REVOCAR**A el Fallo apelado, procediendo a ABSOLVER al disciplinado **MARIO CAMACHO PRADA** del único cargo que se encontraba vigente para la época en que se revisó por vía de apelación la decisión.

Artículo 10. ***Gratuidad de la actuación disciplinaria.*** Ninguna actuación procesal causará erogación a quien intervenga en el proceso, salvo el costo de las copias solicitadas por los sujetos procesales.

Artículo 11. ***Ejecutoriedad.*** El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta.

Lo anterior sin perjuicio de la revocatoria directa establecida en el Capítulo IV del Título V del Libro IV de este Código.

Artículo 12. ***Celeridad de la actuación disciplinaria.*** El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código.

Artículo 13. ***Culpabilidad.*** En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Jurisprudencia: Mediante sentencia **C-948/02** la Corte Constitucional ordenó estarse a lo resuelto en la providencia **C-155/02**.

DERECHO DISCIPLINARIO - Finalidad

DERECHO DISCIPLINARIO - Integración

RÉGIMEN DISCIPLINARIO - Caracterización a diferencia del penal **/ FALTA DISCIPLINARIA** - Tipos abiertos

DERECHO DISCIPLINARIO - Tipos abiertos

ACTIVIDAD PUNITIVA DEL ESTADO - Responsabilidad subjetiva **/ LEY DISCIPLINARIA** - Proscripción de responsabilidad objetiva

FALTA DISCIPLINARIA - Razón de ser **/ FALTA DISCIPLINARIA** - Sanción a título de dolo o culpa **/ PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN DERECHO DISCIPLINARIO** - Aplicación

LEY DISCIPLINARIA - Finalidad **/ FALTA DISCIPLINARIA** - Tipificación en tipos abiertos **/ SISTEMA DE NUMERUS APERTUS EN INCRIMINACIÓN DE FALTA DISCIPLINARIA**

OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA - Supuestos

OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA - Condiciones para declaración de inconstitucionalidad

OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA - Presupuesto para pronunciamiento

OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA EN MATERIA DISCIPLINARIA - Inexistencia

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA - Proscripción de responsabilidad objetiva

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DISCIPLINARIA - Sistema genérico de incriminación

FALTA DISCIPLINARIA - Descripciones típicas admiten en principio modalidades de culpabilidad

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Determinación de responsabilidad subjetiva

Corresponde a la Corte determinar, si como lo afirma el actor, la norma acusada al disponer que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y que las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, omitió señalar el carácter general o excepcional de las conductas culposas y su consecuente sanción como sí lo hace el Código Penal, habilitando al operador jurídico para que en

contravención a la Carta Política adopte una solución desde la alternativa de dos formas conductuales, el dolo y la culpa.

(…)

Con el fin de dilucidar el cuestionamiento central de la demanda, se considera conveniente hacer referencia previamente al objeto y finalidad del derecho disciplinario y al principio de culpabilidad en materia disciplinaria. Abordados estos asuntos, la Corte entrará a definir si existe una omisión que hace inconstitucional el mandato legal acusado.

4. Objeto, fines y tipicidad del derecho disciplinario

El derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción hoy en día debe estar orientada por los principios del Estado social y democrático de derecho previstos en el artículo 1º de la Constitución, garantizando el respeto a las garantías individuales pero también los fines del Estado determinados en el artículo 2º ibídem y para los cuales han sido instituidas las autoridades públicas.

Disciplina que encuentra fundamento en la *"... relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, la violación de régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc."*[33]. Por ello el régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos a quienes corresponde estar al servicio del Estado y de la comunidad (C.P. art. 123), dado que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad (C.P. art. 209).

Al respecto la Corte Constitucional ha considerado:

> *"Gran parte de los cometidos del Estado Social de Derecho deben ser realizados por la administración, la cual funda su eficiencia y eficacia en cuanto los pueda traducir en hechos y obras concretos.*
>
> *"La administración en dicho Estado ha sido instituida para servir a los altos intereses de la comunidad, lo cual se traduce en el deber de desarrollar actividades concretas de beneficio colectivo para satisfacer las necesidades insatisfechas de ésta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone. Ello impone la necesidad de que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, la eficiencia y la moralidad administrativa. Así se asegura, el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y la*

33 Sent. C-244 de 1996

preservación del patrimonio público, y la buena imagen de la administración, la cual gana legitimidad y credibilidad frente a la comunidad"[34]*.*

Esta disciplina busca entonces la buena marcha y el buen nombre de la administración pública y por ello sus normas se orientan a exigir *"... a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones"*[35]*.* Así se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Ley 200 de 1995 que dispone que *"La ley disciplinaria garantiza el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. Las sanciones disciplinarias cumplen esencialmente los fines de prevención y garantía de la buena marcha de la gestión pública".*

Por ello ha precisado la jurisprudencia, que el derecho disciplinario *"... está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cual sea el órgano o la rama a la que pertenezcan"*[36]*.*

El artículo 6º de la Carta dispone que los servidores públicos no sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley sino también *"por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones",* disposición que desarrolló el artículo 38 de la Ley 200 de 1995 al establecer que *"constituye falta disciplinaria y por lo tanto da lugar a acción e imposición de la sanción correspondiente el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses".*

Sobre este tópico esta Corporación dijo lo siguiente:

"Constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

"En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no

---

34 Sent C-341 de 1996

35 Sent. C-417 de 1993

36 ibídem

pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6º y 123).

"Los artículos 124 y 125 de la Carta Política, establecen que la configuración de dicha responsabilidad disciplinaria forma parte de la órbita de competencia de las definiciones legislativas. Su efectividad, requiere de un marco de acción en el cual el Estado pueda ejercitar la respectiva potestad disciplinaria y la titularidad de la acción disciplinaria, a fin de obtener la obediencia y disciplina requerida de sus funcionarios y empleados.

"Lo anterior armoniza con la atribución del legislador de hacer las leyes y por medio de ellas, entre otros aspectos, regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (C.P., art. 150-23); toda vez que, de ella, se deriva la facultad para fijar las conductas violatorias del régimen disciplinario que atenten contra los bienes jurídicos por él tutelados, como son los relativos al patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficacia y eficiencia administrativas[37]*.*

"Las reglas disciplinarias que así se expidan determinarán sobre la respectiva responsabilidad del infractor y la asignación de una sanción, por carecer los servidores públicos de la idoneidad requerida para la prestación del servicio y de un comportamiento ajustado y exigido en los términos previamente establecidos por el ordenamiento jurídico." [38]

Dado que en un Estado de Derecho las autoridades sólo pueden hacer lo que les está permitido, el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.[39]

Sobre los tipos abiertos en el derecho disciplinario esta Corte en sentencia C- 708 de 1999, ya se había pronunciado de la siguiente manera:

"Con base en lo anterior, es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas

---

[37] Ver la Sentencia C-769/98, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

[38] C-708 de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis

[39] C-404 de 2001 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan[40]*:*

> *"La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.*
>
> *"Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.".*

5. El principio de culpabilidad en materia disciplinaria y el sistema de *numerus apertus* en la incriminación de las faltas disciplinarias

La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado Social de Derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior en virtud del cual *"Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable".*

Es decir, que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es *"Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes*

---

[40] Sentencia C-427/94, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

recaiga"[41]*.* Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C.D.U. acusado, al disponer que *"en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".* Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que *"el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso – con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado"*[42]*.*

Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que *"el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado"*[43].

Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *"numerus apertus"*, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como *"a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de"* etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.

6. El caso concreto

41 C- 626 de 1996

42 C- 728 de 2000

43 Cfr. Sentencias C-195 de 1993, C-280 de 1996, C-306 de 1996, C-310 de 1997, entre otras

Es ya doctrina aceptada por la Corte que no toda omisión del legislador está sujeta a control constitucional, pues solamente procede fallar sobre las denominadas omisiones legislativas relativas que se presentan cuando al desarrollar una institución se omite una condición o un ingrediente normativo que debió ser previsto por la ley, dando lugar de esta forma a una violación del Ordenamiento Superior.

Al referirse a este fenómeno, la jurisprudencia constitucional ha identificado algunos supuestos en los que se considera que una omisión legal es relativa, a saber: cuando el legislador ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional o cuando la insuficiencia de regulación o incompleta reglamentación genera violación del derecho a la igualdad o el debido proceso constitucional[44].

Así mismo, la Corte ha expresado que para que pueda declararse una omisión legislativa, y por ende la inconstitucionalidad de la norma que la contiene, es menester que se cumplan estas condiciones: a) que exista una norma sobre la cual se predica; b) que la omisión excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico; c) que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente; d) que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y; e) que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador[45].

Y también ha hecho énfasis en que para pronunciarse sobre la omisión legal relativa *"es necesario que el silencio del Legislador comporte una regla implícita que viole los preceptos superiores, en este caso, que llegue a desconocer el derecho que es objeto de desarrollo legal expreso".* [46]

Hechas estas observaciones, entra la Corte a determinar si tratándose del artículo 14 de la Ley 200 de 1995 el legislador incurrió en una omisión legislativa de carácter relativo que vulnere el Estatuto Superior.

Para la Corte es claro que si bien el actor aduce que el artículo 14 del CDU acusa una omisión consistente en el señalamiento del carácter excepcional de la culpa, no es posible aceptar este planteamiento pues dicho precepto incluye esos dos conceptos del principio de culpabilidad con el fin de garantizar que los servidores públicos no sean sancionados por responsabilidad objetiva, sino que se les demuestre su plena culpabilidad bajo cualquiera de esas dos modalidades, principio éste que irradia todo el régimen disciplinario contenido e la Ley 200 de 1995 y que debe ser tenido en cuenta por el operador jurídico.

---

[44] Sentencias C-543 de 1996 y C-1549 de 2000

[45] Cfr. Sentencia C-427 de 2000

[46] Cfr. Sentencia C-246 de 2001

Lo anterior en razón a que el legislador en desarrollo de su facultad de configuración adoptó un sistema genérico de incriminación denominado *numerus apertus,* por considerar que el cumplimiento de los fines y funciones del Estado -que es por lo que propende la ley disciplinaria (art. 17 CDU)-, puede verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas, lo cual significa que las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en lo casos en que no sea posible estructurar la modalidad culposa. De ahí que corresponda al intérprete, a partir del sentido general de la prohibición y del valor que busca ser protegido, deducir qué tipos disciplinarios permiten ser vulnerados con cualquiera de los factores generadores de la culpa.

En conclusión, yerra el actor cuando pretende endilgarle al artículo 14 del CDU la violación al debido proceso pues está visto que tal disposición es trasunto del artículo 29 de la Ley Fundamental, que exige la determinación de responsabilidad subjetiva como presupuesto para imponer una sanción de naturaleza disciplinaria, configuración que en este punto se hizo teniendo en cuenta el objeto y finalidad del régimen disciplinario.

Con fundamento en las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 200 de 1995.

Artículo 14. ***Favorabilidad.*** En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.

Jurisprudencia: El análisis de los cargos contra las expresiones *"pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente"* contenida en el primer inciso del artículo 46 y *"*salvo lo dispuesto en la Carta Política*"* contenida en los artículos 14 y 32 – inciso 2° - de esta ley, lo realizó de manera conjunta la Corte Constitucional en sentencia **C-948/02** y sus apartes sustanciales se encuentran transcritos en seguida del artículo 46.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-01327 (028-017413/1998)**

> **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** - Efectos sustanciales / **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD** - Aplicación en tránsito de legislación / **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** - No es aplicable a los fallos absolutorios o fallos sancionatorios con amonestación escrita

Los arts. 109 y 110 del Código Único Disciplinario contenido en la Ley 200 de 1995, establecieron el grado jurisdiccional de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, para los fallos absolutorios de primera instancia y los que impongan como sanción amonestación escrita.

El nuevo Código Disciplinario Único contenido en la Ley 734 de 2002, que conforme a su art. 224, comenzó a regir el 5 de mayo del mismo año, estableció el grado de consulta para las sentencias u otras providencias que pongan fin de manera definitiva a los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia los Consejos Seccionales de la Judicatura que no fueren apeladas, solo en lo desfavorable a los procesados (art. 208); así como también para el auto que decreta la suspensión provisional del servidor público si se trata de procesos de primera instancia (art. 157). Sin embargo, esta nueva normatividad disciplinaria no previó la consulta para los fallos absolutorios, a diferencia de lo establecido por el ordenamiento anterior.

Ahora bien, la Ley 734 de 2002 reguló la transitoriedad de la legislación disciplinaria, estableciendo en su art. 223 que *"Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior."*

Para la Sala es necesario determinar si en el presente proceso, en el cual se había dictado pliego de cargos con anterioridad al 5 de mayo de 2002, fecha en que entró a regir el nuevo estatuto disciplinario, es pertinente continuar con el trámite del grado de consulta que resultaba procedente para los fallos absolutorios, de acuerdo con el procedimiento establecido por el anterior ordenamiento.

Este razonamiento obedece a que parecería que de conformidad con lo dispuesto por el art. 223 transcrito precedentemente, se debiera tramitar el grado de consulta y resolver por la Sala lo que fuera pertinente, si se atiende simplemente el hecho de que ese grado de jurisdicción -el de consulta- constituye una figura de orden procesal o procedimental prevista por la Ley 200 de 1995.

Empero, en primer lugar, es necesario precisar que existen ciertas normas y figuras de carácter procesal o adjetivo a las cuales se atribuyen efectos sustanciales, como precisamente ocurre con el grado de consulta. Ello es así porque al resolverla y decidir sobre la procedencia de mantener la absolución o de imponer una sanción, el fallador de segunda instancia tiene que aplicar, en la medida que demande el caso concreto, aquellos aspectos sustantivos que contiene el régimen disciplinario, especialmente, los que atañen a los capítulos reguladores de las faltas y de las sanciones. Por lo anterior, para la Sala, la consulta constituye un instrumento procesal que indudablemente tiene efectos sustanciales.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta la aplicación del principio de favorabilidad, el cual puede predicarse tanto de las normas sustanciales como de las procesales, conforme a lo regulado en los artículos 29 de la Constitución Política y 14 de la Ley 734 de 2002.

Sobre el particular ha sido reiterada la jurisprudencia en sostener que, en casos como el que nos ocupa, es decir, cobijados por el tránsito de legislación, es perfectamente válida la aplicación del principio de favorabilidad, en el sentido de que no debe operar la consulta frente a las decisiones absolutorias, no obstante que de conformidad con la ritualidad del procedimiento legalmente aplicable, correspondería tramitar ese grado jurisdiccional.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en providencia del 14 de julio de 1988, siendo Magistrado ponente el Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez, en caso similar al que se estudia, consideró:

> *"Como se detallará más adelante, no puede válidamente pretenderse que, en aplicación al principio de favorabilidad, se desestime la consulta en este evento, porque ella es justamente el trámite que confiere más garantías al acusado puesto que somete a la visión jerárquica funcional superior el examen del proceso y la legalidad del juzgamiento brindando la posibilidad de corrección de las fallas en que haya podido incurrir el juez de primer grado. La favorabilidad ha insistido la Sala, no puede predicarse retroactivamente en virtud de los resultados concretos que se hayan producido en la revisión, como lo hizo el censor, sino que debe mirar exclusivamente el beneficio que se irrogue al juzgamiento - en materia de consulta- , con la revisión de un ente superior, en el cual se supone concurren mejores calidades jurídicas, mayor experiencia judicial y una visión más acertada y decantada del derecho.* ***Distinto es el caso del fallo absolutorio, según ha quedado precisado en sentencia de casación de fecha pasada:***
>
> *'Obsérvese que es bien diferente la situación en los casos de cesaciones de procedimiento, sobreseimientos definitivos y sentencias absolutorias - en el anterior Código de Procedimiento- donde consultar cualquiera de estas decisiones constituye proceder desfavorable así esté entre las posibilidades la confirmación del proveído.* ***Opera por tanto el principio de favorabilidad que impide resolver la consulta siempre que de acuerdo con el ordenamiento procesal actual no sea procedente dicho grado de jurisdicción.*** *Este aspecto ha quedado lo suficientemente precisado por la jurisprudencia a partir de las providencias de diciembre 10 de 1987 (Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz) y mayo 18 de 1988 (Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez), aplicables obviamente en lo pertinente a los expedientes rituados con el procedimiento actual' " (Negrilla fuera del texto original)*

Este criterio jurisprudencial, a juicio de la Sala, debe ser aplicado en el presente caso. Es claro que la revisión en consulta de un fallo absolutorio, envuelve la posibilidad de confirmar la decisión de primer grado, pero igualmente la de revocar y, en

consecuencia, sancionar al disciplinado. En este último evento, el trámite de la consulta resulta evidentemente contrario al principio de favorabilidad en cuanto se estaría agravando la situación del procesado, razón por la cual debe desecharse la procedencia de dicho instrumento procesal.

De acuerdo con lo expuesto la Sala debe concluir que el grado de consulta no es aplicable a los fallos absolutorios, aún cuando en los procesos respectivos se haya dictado auto de cargos con anterioridad al 5 de mayo de 2002.

Atendiendo los mismos criterios jurisprudenciales, la anterior conclusión, tal como se observa, no puede extenderse a los eventos en que se trate de consulta frente a fallos sancionatorios con amonestación escrita.

En armonía con las apreciaciones anteriores, la Sala ordenará la devolución de estas diligencias a la oficina de origen.

Artículo 15. ***Igualdad ante la ley disciplinaria.*** Las autoridades disciplinarias tratarán de modo igual a los destinatarios de la ley disciplinaria, sin establecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Artículo 16. ***Función de la sanción disciplinaria.*** La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

Artículo 17. ***Derecho a la defensa.*** Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

Jurisprudencia: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-948/02**.

> **DERECHO DE DEFENSA** - Estudiantes de consultorios jurídicos como defensores de oficio / **DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA** - Excepción a la exigencia de títulos de idoneidad

Corresponde a la Corte en consecuencia establecer

(…)

v) Si la posibilidad de designar como defensor de oficio a los estudiantes de Consultorio Jurídico de las Universidades reconocidas legalmente, a que se refiere el artículo 17 de la Ley 734 de 2002, desconoce el derecho de defensa de quien es juzgado como persona ausente en un proceso disciplinario.

(…)

4.2.5 El análisis de los cargos contra la expresión *"que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las Universidades reconocidas legalmente"* contenida en el artículo 17 de la Ley 734 de 2002

Para el actor la expresión acusada contenida en el artículo 17 de la ley 734 de 2002[47], en cuanto permite que se designe en los procesos disciplinarios como defensor de oficio a los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente, vulnera el derecho a contar con una defensa técnica reconocida en su concepto por el artículo 29 superior "en todos aquellos casos en que la persona es sometida por medio de un proceso, a las consecuencias de un derecho penal o de corte punitivo" .

Al respecto la Corte recuerda que en varias ocasiones ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que autorizan a los estudiantes de consultorio jurídico de las Universidades reconocidas legalmente para encargarse en determinadas circunstancias de la defensa técnica en los procesos penales, así como para intervenir ante las autoridades judiciales y administrativas.

Así en la Sentencia C-037/96 en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley Estatutaria de administración de justicia relativo al derecho de defensa la Corte expreso lo siguiente:

> ***"****ARTICULO 3o. DERECHO DE DEFENSA. En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios*

[47] **Artículo 17**. **Derecho a la defensa.** Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla".

- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

(…)

Comentario especial merece la facultad que el proyecto de ley bajo revisión le otorga a los estudiantes de derecho de las universidades debidamente reconocidas por el Estado para ejercer la defensa técnica, con las limitaciones que establezca la ley, "siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla".

La sentencia No. C-592/93, transcrita, establece claramente que en asuntos de índole penal, el sindicado siempre debe ser asistido por un profesional del derecho que acuda en su defensa técnica, particularmente respecto de la aplicación de las garantías procesales que le permitan al inculpado presentar libremente los argumentos encaminados a desvirtuar las acusaciones que se le formulen. Sin embargo, por razones geográficas, económicas y sociales, no siempre es posible asegurar la presencia de un abogado en estos casos. Por ello, la Ley (Decreto 196/71, arts. 30, 31 y 32, y Decreto 765/77) prevé que en casos excepcionales puedan ser habilitados como defensores, egresados o estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos[48], pues con ellos se logra la presencia de personas con formación en derecho. Sobre los alcances de esta facultad, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia de unificación de jurisprudencia citada, ha manifestado la Corte a propósito de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 147 del Decreto 2700 de 1991:

(…)

Así las cosas, la Corte considera que la facultad que el artículo 3o del proyecto de ley bajo revisión le otorga a los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades del Estado, debe interpretarse de conformidad con los postulados constitucionales anteriormente descritos. Es decir, pueden estos estudiantes, de acuerdo con las prescripciones legales, prestar la defensa técnica en todo tipo de procesos, salvo en aquellos de índole penal, pues en estos eventos la Carta Política prevé la presencia de un abogado, esto es, de un profesional del derecho. Con todo, esta Corporación ha admitido que este principio en algunas ocasiones, y justamente para garantizar el derecho de defensa, puede ser objeto de una medida diferente, donde el estudiante de derecho pueda, ante situaciones excepcionales, prestar la defensa técnica a un sindicado. Significa esto que tanto los

48 La Corte Constitucional, en Sentencia No. SU-044 del 9 de febrero de 1995 (Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell), avaló sólo como atribución excepcional la defensa técnica en cabeza de los estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos.

despachos judiciales, como los consultorios jurídicos y las entidades encargadas de prestar el servicio de defensoría pública, deben abstenerse, en la medida de lo posible, de solicitar la presencia y la participación de estudiantes de derecho en asuntos penales. En otras palabras, sólo ante la inexistencia de abogados titulados en algún municipio del país, o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia, los estudiantes de los consultorios jurídicos pueden hacer parte de un proceso penal.

Finalmente, la Corte estima que la certificación de idoneidad que las universidades deban otorgar a los estudiantes de derecho de los consultorios jurídicos para ejercer la defensa técnica, no puede de ningún modo circunscribirse exclusivamente a la valoración académica de la persona, sino que debe incluir el comportamiento moral y ético que el estudiante ha demostrado a lo largo de sus carrera universitaria. Lo anterior porque, de una parte, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara en resaltar que quien asista a una persona en su defensa judicial debe demostrar mucho más que el simple conocimiento de los pormenores de un proceso; y, por la otra, el estudiante que represente a un sindicado está también en gran medida representando a su institución académica con todos los compromisos de seriedad, responsabilidad y aptitud que ello acarrea.

En estos términos, entonces, el artículo 3o será declarado exequible."[49] *(Subrayas fuera de texto)*

Así mismo en relación con el examen de constitucionalidad de algunos artículos del Decreto 196 de 1971 "Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la Abogacía", la Corte señaló sobre este tema lo siguiente:

"7. Así pues, "en asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser u profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras a garantizar al procesado su derecho de defensa".[50]

8. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en la práctica es difícil que siempre se cuente con profesionales del derecho y, por tanto, solamente para los casos excepcionales en que ello ocurra, la ley "puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, (Decreto 196 de 1971, arts. 30, 31 y 32, Decreto 765 de 1977) pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica".[51]"[52].

---

49 Sentencia C-037/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

50 Cf. Corte Constitucional Sala Plena. Sentencia No. C-071 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

51 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. SU-044 de 1995. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

De dichos pronunciamientos se desprende que esta Corporación ha considerado que, salvo en el caso de los procesos penales en los que solamente de manera excepcional cabe acudir como defensores de oficio a los estudiantes de las universidades reconocidas legalmente, éstos pueden asumir la defensa en todo tipo de procesos[53], sin que ello signifique la vulneración del derecho de defensa señalado en el artículo 29 superior. No sobra precisar al respecto, por lo demás, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el Constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro tipo de procesos[54].

Ahora bien, la Corte llama la atención sobre el hecho de que la norma a la que pertenece la expresión acusada, alude solamente al caso en que se juzgue disciplinariamente como persona ausente a un procesado, a quien, si no actúa a través de apoderado judicial -posibilidad que le señala claramente la norma-, se le designará defensor de oficio que podrá ser estudiante del consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

Estas circunstancias, unidas al hecho de que como se ha señalado reiteradamente en esta providencia las garantías del debido proceso predicables en el ámbito disciplinario deben entenderse moduladas en función de los objetivos propios de la actuación disciplinaria y que la situación en la que se autoriza la intervención de los estudiantes de consultorio jurídico denota, salvo existencia de fuerza mayor o caso fortuito, un incumplimiento de los deberes del procesado en relación con su comparecencia al proceso disciplinario, llevan a la Corte a concluir que la expresión acusada no vulnera el artículo 29 superior.

Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *"que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las Universidades reconocidas legalmente"* contenida en el artículo 17 de la Ley 734 de 2002y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.

Jurisprudencia: el literal e) del artículo 73 de la Ley 200 de 1995 establecía:

> "*Artículo 73.- DERECHOS DEL DISCIPLINADO. (...) Son derechos del disciplinado:*
> *(...)*

---

52 Sentencia C-025/98 M.P, Fabio Morón Díaz.

53 Sentencia C-037/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

54 Ver sentencia C-131/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

e) Designar apoderado, si lo considera necesario.

Dicho literal fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-280/96** de la cual se transcribe el aparte correspondiente.

DERECHOS DEL DISCIPLINADO - Designación apoderado

El ciudadano Muñoz Castrillón (Exp. D-1076) estima que el literal e) es inconstitucional por cuanto sólo admite la posibilidad de que el procesado designe un apoderado, es decir, un abogado, con lo cual excluye la opción del asesoramiento por parte de la respectiva organización sindical, lo cual viola los artículos 29, 38 y 39 de la Carta. Por el contrario, según el Viceprocurador, el literal es exequible porque la asistencia de un apoderado escogido por el disciplinado es una expresión del derecho "a la defensa técnica que no podía ser ignorado por el régimen disciplinario, como que no excluye el asesoramiento sindical letrado, o el iletrado con tal que sea extraprocesal."

(…)

34- La Corte no encuentra admisible el cargo formulado contra el literal e) del artículo 73 del CDU, según el cual el disciplinado tiene derecho a "designar apoderado, si lo considera necesario". En efecto, como bien lo señala la Vista Fiscal, esta norma no excluye la opción del asesoramiento por parte de la respectiva organización sindical. Lo que sucede es que, como lo destaca el Viceprocurador, la asistencia de un apoderado escogido por el disciplinado es una expresión del derecho a la defensa técnica, que no podía ser ignorado por el régimen disciplinario, por cuanto hace parte del debido proceso en este campo, sin perjuicio de que el disciplinado también pueda ser asesorado, en forma extraprocesal, por diversas organizaciones sociales.

Jurisprudencia: El artículo 154 de la Ley 200 de 1995 establecía: “ARTÍCULO 154. JUZGAMIENTO DEL AUSENTE. Si el disciplinado no presentare escrito de descargos se dejará constancia en este sentido y de inmediato se le designará un apoderado para que lo represente en el trámite procesal.

Dicho artículo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-627/96**.

DEFENSOR DE OFICIO - Persona declarada ausente

JUZGAMIENTO EN AUSENCIA - Intervención del imputado

1. El problema jurídico planteado en la demanda.

La demanda se concreta en cuestionar la constitucionalidad de la figura del reo o persona ausente, en los diferentes tipos de procesos a que aluden las normas demandadas, porque al no vinculárseles de modo real a la correspondiente actuación procesal, se les desconoce la oportunidad que tienen de ejercer el derecho de defensa de manera efectiva, vulnerándose, por consiguiente sus derechos a la igualdad y al debido proceso.

(…)

2. Análisis de los cargos de la demanda.

2.1. Reiteradamente esta Corte[55] se ha pronunciado en el sentido de que el debido proceso en materia penal constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a asegurar la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados.

Las aludidas garantías configuran, conforme al art. 29 de la Constitución, los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Igualmente la Corte ha expresado, que las garantías del debido proceso penal son aplicables, en lo esencial, cuando el Estado deba hacer uso de su poder punitivo en otras materias, esto es, específicamente cuando deba juzgar contravenciones, o faltas disciplinarias o que den lugar a la imposición de sanciones correccionales.

2.2. Con el fin de garantizar el derecho de defensa, parte esencial del debido proceso, se le debe dar la oportunidad al sindicado o imputado de tener acceso directo a la actuación procesal que contra él se adelanta cuando el Estado hace uso de su poder punitivo, mediante la puesta en funcionamiento de los mecanismos procesales que la ley ha regulado específicamente de acuerdo con la naturaleza propia de cada actuación, según se trate de procesos penales, contravencionales, disciplinarios o correccionales.

---

55 Entre otras, la sentencia T-039/96 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Cuando el imputado se hace presente en la respectiva actuación procesal, integra junto con su defensor una parte única articulada que desarrolla una actividad que se encamina a estructurar una defensa conjunta, con el fin de contrarrestar la acción punitiva estatal, haciendo uso del derecho de solicitar la práctica de pruebas, de contradecir las que se le opongan, de presentar alegatos, proponer incidentes e impugnar las decisiones que juzgue contraria a sus intereses, con las excepciones que prevé la ley procesal en relación con determinadas actuaciones que sólo competen al procesado o en las cuales hay predominio de la actividad del defensor. Así en la sentencia C-488/96[56] se dijo por la Corte:

> *"El ejercicio de tales atribuciones no es, sin embargo, plenamente coincidente para ambos sujetos, pues en relación con algunas actuaciones, como la indagatoria, la confesión o la terminación anticipada del proceso, sólo el procesado puede ejercer en forma directa su derecho, aunque asistido por su defensor; en otras oportunidades prevalecen los criterios del defensor sobre los del procesado, esto sucede cuando existen peticiones contradictorias entre ambos sujetos procesales (art. 137 C.P.); y en relación con la sustentación del recurso de casación, la facultad del defensor es exclusiva (ibídem)".*

Cuando por cualquier causa el imputado no nombra defensor se le debe proveer uno de oficio, para que lo represente en todas las actuaciones del proceso y quien tiene la responsabilidad de llevar a cabo una defensa técnica.

2.3. Cuando el imputado, pese a la actividad que de acuerdo con la ley debe desplegar el funcionario competente para vincularlo al proceso no se hace presente en éste, se le debe declarar persona o reo ausente, previo el trámite de las formalidades de procedimiento previstas en aquélla, y se le designa un defensor de oficio para que lo asista dentro del proceso.

2.4. Aun cuando se trata de situaciones diferentes, la del imputado presente físicamente en el proceso y la del imputado ausente, a ambos se les asegura el derecho a la igualdad, en el sentido de que se les garantiza el debido proceso; es cierto que el primero puede designar defensor libremente, lo cual indudablemente representa ciertas ventajas, pero igualmente el segundo no esta huérfano de defensa, pues ésta se hace efectiva a través del defensor de oficio.

En la aludida sentencia C-488/96, la Corte al contestar un argumento similar al formulado por el actor, consistente en la presunta desigualdad en que se encuentra la persona ausente en un proceso penal, frente a quien materialmente se hace parte en él, dijo lo siguiente:

> *"Debe distinguirse entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, para efectos de determinar los*

---

[56] M.P. Carlos Gaviria Diaz.

derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica."

"Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela[57]*, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado."*

(...)

Por último, considera la Corte pertinente señalar que los procesos que se adelanten con persona ausente no vulneran el derecho a la igualdad de los sindicados, pues estos cuentan con las mismas garantías y oportunidades procesales concedidas a quienes están presentes en el mismo, las cuales pueden ser ejercidas por el defensor que el sindicado nombre o por el defensor de oficio que le asigne el funcionario judicial encargado de adelantar la actuación."

Igualmente en la referida sentencia, al analizar el cargo esgrimido contra las normas que entonces se acusaron, por violación del debido proceso, pertenecientes al Código de Procedimiento Penal (arts. 136, 313, 356, 384, 385 y 387), en cuanto hacían relación contra el imputado declarado persona ausente expresó la Corte:

"La persona que se ausenta del proceso sin justificación y aunque las autoridades hayan insistido en su debida notificación con el objeto de lograr su comparecencia, sin bien no ejerce una defensa activa y participante, no por ello se encuentra en una situación desfavorable, ya que el Estado provee lo requerido para su óptima defensa a través del nombramiento del defensor de oficio, que si bien no cuenta con la versión y demás elementos de los cuales el imputado lo pueda proveer directamente, tiene la facultad de acceder al acervo probatorio, de asistir a las diligencias, de recusar a los funcionarios judiciales, de pedir y controvertir pruebas, etc., de manera que desempeña una labor de control respecto de la actividad punitiva del Estado, a la par que garantiza los derechos fundamentales constitucionalmente erigidos y legalmente

[57]Mediante sentencia T-039 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte amparó los derechos sustanciales y procesales reclamados por el actor, en contra de quien se adelantó un proceso penal al cual fue completamente ajeno por culpa imputable a los funcionarios del Estado encargados de comunicarle la existencia del mismo.

desarrollados, en ejercicio de una defensa técnica como lo demanda el artículo 29 constitucional".

(...)

"En síntesis, la declaración de persona ausente es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado y, por tanto, al estar comprometida en ella el interés general no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba, como lo pretende el actor, sino que la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación que cursa en su contra y designarle un defensor de oficio que lo represente en el ejercicio de su derecho; además de brindarle mecanismos legales que le permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se haya podido incurrir por falta de adecuada defensa."

(…)

En lo que atañe al artículo 154, su exequibilidad tiene fundamento en los argumentos que se han expresado a lo largo de toda esta providencia, en el sentido de que cumplidas las formalidades de procedimiento previstas en la ley para que la persona imputada sea vinculada en debida forma a la correspondiente actuación procesal, sin que concurra a ésta, es procedente que se le designe un defensor de oficio, con el cual se debe surtir toda la actuación procesal.

(…)

Finalmente advierte la Corte, que aun cuando algunas de las normas acusadas prevén el juzgamiento de la persona declarada ausente, con la asistencia de su defensor de oficio, ello no impide que el imputado pueda en cualquier momento intervenir directamente en el proceso, designar apoderado y, además, ejercer actos de defensa como la proposición de nulidades o la acción de revisión o la acción de tutela, en cuanto estas fueren procedentes, en el evento en que se pretermitan las normas de procedimiento que regulan la declaración de persona ausente. Además, particularmente, con respecto a los procesos disciplinarios, diferentes a los que conoce el Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, en relación con el Procurador General de la Nación, es procedente el ejercicio de la acción contenciosa administrativa contra el acto definitivo que concluye el respectivo proceso.

Artículo 18. ***Proporcionalidad.*** La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.

Artículo 19. ***Motivación.*** Toda decisión de fondo deberá motivarse.

Artículo 20. ***Interpretación de la ley disciplinaria.*** En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Auto de archivo de 19 de diciembre de 2001. Radicación **Nº 001-15980-98**.

> **INTERPRETACIÓN DE LA LEY** - El error no constituye fuente de responsabilidad disciplinaria

Comentarios relativos a que antes de la sentencia SU-036 de 1999 de la Corte Constitucional, por razón del despido de trabajadores del Hospital Naval de Cartagena y del Militar Central de Bogotá por el Ministro de Defensa y el Director del centro hospitalario, estos actuaron bajo conceptos de sus asesores basados en jurisprudencias contradictorias de los tribunales y del Consejo de Estado, que los indujo en error de interpretación sobre la posibilidad legal de desvincular disciplinariamente, sin autorización judicial previa, a trabajadores con fuero sindical que participaron en la huelga de 1998 en dichos centros.

“La Corte Constitucional en sentencia SU 036 de 1999 determinó que "la aplicación del régimen disciplinario no anula ni puede desconocer el fuero sindical, pues será necesaria la intervención del juez o la declaración de ilegalidad del cese, para que proceda el despido o la suspensión del servidor público amparado con esta garantía sindical".

En casos de jurisprudencia contradictoria que dificulte la interpretación como en el presente, procede la justificación del error de interpretación: la prueba de ello es que en las tutelas instauradas en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por los empleados destituidos para lograr su reintegro invocando normas constitucionales como las de los artículos 29 y 39 y las laborales sustantivas y de procedimiento en relación al fuero sindical, fueron desestimadas todas por los Magistrados de las Salas respectivas. Apeladas por los interesados, también recibieron rechazo del Consejo de Estado.

Posteriormente la Corte Constitucional revocó los fallos de los Tribunales de Cundinamarca y el Consejo de Estado y dio la razón a los destituidos, ordenando su reintegro. Es decir, que unificó la jurisprudencia que hasta el momento se había producido respecto al despido de servidores públicos con fuero sindical.

De los distintos pronunciamientos de los Tribunales Judiciales se dedujo que las normas sobre despidos de trabajadores públicos con fuero sindical, que participan en huelgas en servicios públicos esenciales declaradas ilegales por el Ministerio del Trabajo por dicha razón, no eran lo suficientemente claras y llevaban a interpretaciones diferentes como ocurrió en el caso en estudio, hasta la sentencia unificada SU-036 de 1999 de la H. Corte Constitucional que puso fin al problema a partir de ella.

De lo anterior se colige que hay lugar a archivo del expediente que frente a la existencia de diversos criterios sobre la materia en estudio y, dentro de ellos acogiéndose las interpretaciones de las normas con criterios sanos, razonables y orientados a cumplir en la mejor forma posible los fines esenciales del Estado al tenor del artículo 1° de la Constitución Política de Colombia, los servidores públicos que así proceden no infringen norma disciplinaria alguna.

El error en la interpretación de la ley no constituye fuente de responsabilidad disciplinaria como se estudió en el caso presente, pues el investigado obró con la convicción errada e invencible de que su conducta era conforme a derecho y por ello respecto del ex Ministro de Defensa Nacional, la investigación se archivará definitivamente.

Aplicable a todos los investigados para el caso es la jurisprudencia del señor Procurador General de la Nación (Resolución 35 de 30 de junio de 1994, págs. 40, 41 y 42) relativa a la circunstancia de que el error en la interpretación de la ley no constituye fuente de responsabilidad disciplinaria, cuando dijo:

"…la imputación está referida "al acto" lo cual significa que en lo atinente al juicio de atribuibilidad, la valoración que haga el juzgador de una determinada conducta, no puede desconocer la voluntad de su actor. De lo contrario, el juicio de reproche, quedaría en el reconocimiento de lo prohibido, es decir, de la responsabilidad objetiva…

"Y es que por ello todos los Estados de Derecho reconocen la figura del error como una gran excepción a esta regla general, en la medida que la reprochabilidad procede legítimamente cuando la persona actúa conociendo la ilegalidad de su acción, o cuando por sus condiciones particulares y por las circunstancias en las cuales se encontraba, ha debido conocerla. Por el contrario, cuando habiendo agotado los medios naturales a su disposición, el agente desconoce o equivoca la interpretación de la norma que tipifica su conducta, el Estado no puede elevar dicho juicio, pues de hacerlo estaría recurriendo a la responsabilidad objetiva, proscrita en los Estados Democráticos y en el nuestro, como ya se expresó, por la propia Constitución Nacional. Este error elimina la culpabilidad, toda vez que la voluntad ha estado dirigida a un fin que se consideró lícito,

pero no a vulnerar la ley, o en otras palabras, a desconocer la prohibición…" (subrayas fuera de texto).

O sea que no es debido deducir responsabilidad disciplinaria por una discrepancia razonable en la interpretación sobre la normatividad aplicable, como ocurrió en este caso".

Artículo 21. ***Aplicación de principios e integración normativa.*** En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

Jurisprudencia: El texto subrayado "En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos" fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-067/03**.

> **TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS** - Uso directo de la normatividad del bloque de constitucionalidad
>
> **TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA** - Aplicación en el régimen disciplinario

Según el primer cargo de la demanda, la expresión acusada consagra una aplicación subsidiaria de la normatividad del bloque de constitucionalidad porque la restringe a los casos de vacío legal, contrariando así el carácter prevalente de tales disposiciones.

Para responder a esta acusación debe recordarse que según los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, las normas del bloque de constitucionalidad tienen prevalencia general y permanente sobre las normas de la legislación interna, no una simple importancia subsidiaria, como sugiere el demandante.

Ello se debe a que -como se indicó- tienen rango constitucional y el hecho de compartir con el texto de la Carta la máxima jerarquía normativa del Estado las convierte en fuentes de derecho interno, de carácter obligatorio y subordinante del resto del ordenamiento jurídico. Así lo reconoce implícitamente en propio artículo 21 en un aparte que no fue objeto de demanda y que señala que en la "*aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la*

Constitución Política." Si se admite entonces –como se ha dicho a lo largo de este fallo- que uno de los principios rectores del ordenamiento constitucional colombiano es la prevalencia interna de los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, forzoso es concluir que en la aplicación del régimen disciplinario promulgado por la Ley 734 dicho principio recibe plena consideración.

Con todo, se llegaría a la misma conclusión incluso si la Ley hubiere guardado silencio en torno a la aplicabilidad en el régimen disciplinario de los principios de derecho internacional que forman el bloque constitucional, pues la preeminencia del bloque tiene rango constitucional e impera por encima de cualquier consideración legislativa o de cualquier intención hermenéutica.

Así que los preceptos que conforman el bloque de constitucionalidad son obligatorios, no tanto porque lo reconozca el legislador sino porque así lo impone la estructura de nuestro ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva y contrario a lo sostenido por el impugnante, el bloque de constitucionalidad tiene una presencia tutelar respecto del Código Disciplinario Único - irradiando, guiando y delimitando su normatividad y la aplicación concreta de sus preceptos-, por lo cual es incorrecto concluir que su aplicación se limite exclusivamente a los casos de vacío legal.

Esta particular visión del conflicto constituye un punto de conciliación entre el carácter prevalerte de la normatividad superior con la aplicación subsidiaria de la misma, pues permite entender que frente a un vacío legal es posible dar aplicación directa a las normas del bloque de constitucionalidad, sin que por ello se entienda que su aplicación es innecesaria cuando dicho vacío no existe.

Así, cuando la norma especial -que es el Código Disciplinario Único- no cobija una situación jurídica determinada o contiene una regulación insuficiente para resolver un caso particular, el intérprete debe hacer uso directo de la normatividad del bloque de constitucionalidad[58]. El bloque suple la voluntad del legislador o, mejor, complementa su olvido. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que si el Código prevé una regulación para un caso concreto, la normatividad superior quede vacante. Tanto las normas

---

[58] En ocasiones anteriores la Corte ha procedido a dar aplicación directa a los preceptos constitucionales, específicamente cuando ha verificado la insuficiencia de la Ley para regular un asunto cuya falta de resolución implica la vulneración del orden jurídico. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-381/00 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero) la Corporación dio aplicación al artículo 39 de la Carta frente al vacío normativo que presentaba la legislación laboral en materia de participación de sindicatos en procesos de fuero sindical, y dispuso que los sindicatos *"tienen derecho a participar en esos procesos, ya sea como demandados, en el caso de los juicios promovidos por los patronos para levantar ese fuero, ya sea como eventuales demandantes, en las acciones de reintegro y en las acciones de restitución".* Y en la Sentencia C-1064 de 2001 la Corte hizo el siguiente comentario *"Señala la Corte que quien está llamado a fijar dicho criterio es, en principio, el Legislador. En un estado democrático es en el Congreso, foro político deliberativo y representativo por excelencia, donde se debe surtir este debate. Sin embargo, constata la Corte que aun no se ha expedido normatividad al respecto. El Congreso no ha establecido todavía criterio alguno que oriente al Ejecutivo al momento de diferenciar a los servidores públicos para efectos de realizar los aumentos salariales. Ante este estado de cosas el juez constitucional, en ejercicio de su función de guardián de la Carta Política y hasta tanto el Legislador no se pronuncie, debe acudir directamente a la Constitución con el fin de identificar un referente para establecer cuál puede ser dicho criterio."* (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza)

positivas del código como su interpretación y su aplicación concretas deben dirigir permanentemente su mirada a las preceptivas de rango constitucional, en reconocimiento de la sumisión a que se ha hecho referencia exhaustiva en esta providencia.

De hecho, frente a la hipótesis de una disyuntiva interpretativa o de la resolución de un caso concreto para el cual exista norma disciplinaria directamente aplicable, la consulta de las normas de jerarquía superior se impone como requisito de legitimidad de la decisión. Debe tenerse presente en definitiva que cuando la legislación interna acomoda sus prescripciones a la legislación internacional del bloque, asume la supremacía de la última y reconoce su prevalencia.

Se concluye entonces que la aplicación de las normas del bloque de constitucionalidad, aunque en algunos casos es indirecta, se verifica de manera permanente en la legislación, pues es la presencia tutelar de estos principios, valores y garantías lo que ilustra el desenvolvimiento de la juridicidad nacional.

De conformidad con estas conclusiones, la Corte Constitucional considera que por este aspecto la disposición acusada no contraría el texto de la Carta y así lo decidirá en la parte resolutiva de esta providencia.

(…)

El segundo reproche del impugnante precisa que la ley acusada no especifica cuáles tratados internacionales se aplican en caso de vacío legislativo, pudiendo entonces el operador jurídico dar aplicación a tratados internacionales que no se refieren a derechos humanos intangibles, cuales son –a su juicio- los únicos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En los términos del demandante se plantearía una contradicción normativa entre la disposición constitucional y la legal porque mientras la primera sólo considera legislación prevalente las normas sobre derechos humanos intangibles, la segunda obliga a suplir los vacíos legislativos con normas sobre derechos humanos, sin hacer especificación alguna. Así visto, la ley estaría ampliando el número de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, incluyendo en éste derechos no consagrados en la Carta. El demandante diría que la Ley no está habilitada para incorporar más normas al bloque de Constitucionalidad de las que la misma Constitución decide integrar.

Antes de proseguir, esta Corte considera pertinente hacer la claridad de que, según la interpretación que le confiere a la norma, la expresión *“ratificados por Colombia”*, que se encuentra al final de la frase citada, involucra también a *“los tratados internacionales sobre derechos humanos”*. En estos términos se entiende que los vacíos legales del Código Disciplinario Único habrán de suplirse con los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Ahora sí, para responder al cargo debe reconocerse en primer lugar que a los únicos tratados internacionales sobre derechos humanos que el artículo 93 de la Carta Política les da carácter prevalente, es decir, que los integra al bloque de constitucionalidad, es a los que se refieren a derechos humanos intangibles.

No obstante, el inciso primero del artículo 93 no puede interpretarse de manera aislada, pues el inciso segundo de la misma norma dice que los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia son normas de interpretación para los derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

En ese sentido, habría que reconocer como primera medida que los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado Parte y que se refieren en general a derechos humanos sí forman parte del bloque de constitucionalidad –por lo menos en lo que al artículo 93 concierne- como reglas de interpretación de los derechos y deberes consignados en la Constitución Política.

Este es el reconocimiento que la Corte Constitucional les venía dando en su jurisprudencia. Para ilustrarlo se citó la Sentencia C-483 de 1999 en la que la Corporación sostuvo que *"[s]egún el inciso segundo del art. 93 de la Constitución, los derechos y deberes consagrados en ésta se interpretarán, de conformidad con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ello significa, que para efectos de interpretar los referidos derechos las normas de los tratados en referencia tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo tanto parte del bloque de constitucionalidad, como lo ha reconocido la Corte en diferentes pronunciamientos."*

Con todo, los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia no sólo son instrumentos de utilidad hermenéutica para los derechos y deberes consagrados en la Carta, sino que son legislación obligatoria de carácter interno por el hecho de haber sido incorporados al ordenamiento nacional a través de una Ley de la República.

En efecto, la Corte no pierde de vista que la remisión que hace la Ley a los tratados internacionales sobre derechos humanos está directamente referida a los tratados que han sido ratificados por Colombia, lo cual significa que se trata de instrumentos que por el procedimiento constitucional han sido incorporados al ordenamiento jurídico nacional y frente a los cuales resulta aplicable el canon constitucional que obliga a nacionales y a extranjeros *"en Colombia a acatar la constitución y las leyes"* (Art. 4º C.P.).

Así entonces, cuando la disposición alude a tal normatividad remite a un acto jurídico complejo que ha sido negociado por el ejecutivo, aprobado por el legislativo y revisadas por la Corte Constitucional. Este proceso de incorporación las convierte en fuentes de derecho interno que resultan, como es obvio, de obligatorio cumplimiento. De allí que no resulte ilegítimo el reenvío que hace la ley de la referencia en caso de que no haya norma interna directamente aplicable al caso.

En conclusión, esta Sala no encuentra que por el aspecto señalado en la demanda, la expresión demandada del artículo 21 vaya en contravía de lo dispuesto en la Constitución Política.

T I T U L O II
LA LEY DISCIPLINARIA
CAPITULO PRIMERO

La Función Pública y la falta disciplinaria

Artículo 22. ***Garantía de la función pública.*** El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

Artículo 23. ***La falta disciplinaria.*** Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el Artículo 28 del presente ordenamiento.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-01304 (030-27348/99)**

> **RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA** - Prescripción de la acción por mora en el trámite de procesos disciplinarios

Ahora bien, pasando al campo de la responsabilidad disciplinaria, se tiene que son diez los procesos que estaban a cargo de la Doctora (...) y que como consecuencia de la inactividad procesal, prescribieron.

Como puede observarse en la relación que se hizo de los mismos, en el acápite de “Cargos formulados”, la mora presentada oscila entre tres años nueve meses y cuatro años diez meses, períodos que de por sí, objetivamente, superan el marco de lo razonable, en el entendido que el término con que cuenta el Estado para adelantar la actuación disciplinaria, es de cinco años.

Esgrime la disciplinada como justificación, especialmente, la carga laboral, de la cual dan cuenta las declaraciones rendidas por sus compañeros de trabajo...

Sin embargo, a juicio de la Sala Disciplinaria, los elementos de prueba allegados a la investigación, no permiten a esta instancia justificar la conducta de la disciplinada, pues si bien es cierto tuvo a su cargo 283 expedientes durante el período cuestionado, también lo es que el número de diligencias adelantadas y el promedio mensual que de las mismas se plasma en la providencia impugnada, no responde a una labor diligente y eficiente, acorde al cumplimiento de los deberes que el cargo le imponía.

No obstante que el número de expedientes a cargo de la Doctora (...) pudiera considerarse como alto y que de alguna manera tuvieran algún tipo de dificultad para su evacuación, no se compadece por parte de la funcionaria, la falta de organización y planeación de su trabajo, pues conociendo el término con que se cuenta para adelantar las investigaciones disciplinarias, era menester, en procura de que el organismo de control cumpliera con sus funciones, adoptar mecanismos que permitieran contrarrestar al máximo, el fenómeno de la prescripción.

Dichos mecanismos comienzan con un autocontrol que le permita conocer al funcionario, cuáles son los expedientes que tiene a su cargo, cuál es el asunto que se investiga en cada uno de ellos, quiénes son los investigados, en qué estado se encuentran las investigaciones y, especialmente, para efectos de controlar el término de la prescripción, la fecha en que presuntamente se ejecutaron los hechos.

Lo anterior, es lo mínimo que debe poner en práctica un funcionario diligente y comprometido con la misión institucional, en razón a que ello le permite distribuir, organizar y planear su trabajo, de tal manera que los expedientes sean tramitados, no sólo atendiendo parámetros de urgencia o prioridad, sino también en razón de la antigüedad con que han sido repartidos.

Es evidente que en el caso que nos ocupa, la disciplinada no ejerció ningún tipo de control sobre sus propios expedientes, a tal punto que diez de ellos, por los cuales el fallador de primera instancia la sanciona disciplinariamente, prescribieron por el ostensible período de inactividad procesal, no justificable bajo ningún punto de vista.

Un funcionario diligente y cumplidor de su deber, no permite una inactividad de tanta connotación y en tantos expedientes, sin advertir previamente y en forma expresa a sus superiores, la situación que se presenta con cada una de sus investigaciones.

CAPITULO SEGUNDO

Ámbito de aplicación de la ley disciplinaria

Artículo 24. ***Ámbito de aplicación de la ley disciplinaria.*** La ley disciplinaria se aplicará a sus destinatarios cuando incurran en falta disciplinaria dentro o fuera del territorio nacional.

CAPITULO TERCERO

Sujetos disciplinables

Artículo 25. ***Destinatarios de la ley disciplinaria.*** Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el Artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Jurisprudencia: Inciso 2° declarado EXEQUIBLE, "en los términos expuestos en la parte motiva de la sentencia", por la Corte Constitucional en sentencia **C-127/03**.

RECURSOS DEL ESTADO - Administración

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO - Indígenas que administren recursos del Estado son destinatarios

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO - Se aplica a los particulares cuando éstos cumplen funciones públicas / **PARTICULARES** - Ejercicio de funciones públicas permanentes

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO - Indígenas que administren recursos del Estado en su condición de particulares serán sujetos pasivos de la acción disciplinaria

Tercero.- Reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural. Indígenas como destinatarios de la ley disciplinaria por el manejo de recursos públicos (Expediente D-4116).

Fue a partir de la Constitución de 1991, en donde se empezó a hablar de un sistema pluralista que reconoce las diferentes culturas existentes en la sociedad colombiana.

La idea del Constituyente fue la de reivindicar lo étnico (artículos 1 y 7 de la Carta Política), garantizando la defensa de este grupo minoritario de la población colombiana.

Por ello, se les reconoció a los grupos indígenas una serie de prerrogativas con el fin de respetar la prevalencia de sus manifestaciones culturales, lingüísticas y artísticas (artículo 10 ibídem), así como el derecho a participar en asuntos que los afecten (artículos 2, 229 y 230 de la Constitución).

Así, el artículo 246 de la Constitución, establece que las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las Leyes de la República. Es decir, lo consagrado en este precepto constitucional establece una especie de "fuero indígena", y sobre este aspecto, en sentencia T- 496 de 1996, esta Corporación señaló:

> "Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.
>
> Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.
>
> En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones

territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos".

Ahora bien, dado que en la demanda se afirma que es contrario a la Constitución que los indígenas sean destinatarios de la ley disciplinaria cuando administren recursos públicos, la Corte no se ocupará en esta ocasión de analizar la norma acusada con respecto a los artículos 330, 7 y 246 de la C.P.

Tratándose de recursos públicos manejados por los servidores públicos, nuestro ordenamiento dispone una serie de procedimientos de planeación, contratación y ejecución, pues el manejo de estos recursos involucra el interés general, por cuanto, además de ser un aporte de todos los contribuyentes, su destinación implica el cumplimiento de los fines del Estado.

En el evento en que esos recursos sean administrados por particulares, estos se encuentran sometidos a la Constitución y a la Ley. Respecto de ellos las funciones de vigilancia y control asignadas por el ordenamiento jurídico a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación deben ser ejercidas por ellas, para asegurar la pulcritud en el manejo de dineros del erario público. Recuérdese al punto

que la Ley 715 de 2001 dispone que los recursos asignados a los resguardos indígenas serán administrados por el Municipio en que se encuentra el resguardo respectivo, y ejecutados a través de la celebración de contratos entre la Entidad Territorial y las autoridades del resguardo, situación que varía cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales, pues entonces sus autoridades recibirán y administraran directamente le transferencia (Artículo 83 Ley 715 de 2001).

Así las cosas, resulta claro para la Corte Constitucional que, conforme a la Constitución Política la inclusión como destinatarios de la ley disciplinaria de los indígenas que administren recursos del Estado, no vulnera el artículo 246 de la Carta Política, ni tampoco su artículo 1 como lo sostiene el actor. La norma contenida en el artículo 25 de la Ley 754 de 2002, por este aspecto, coloca a quienes siendo indígenas administren recursos públicos en la misma situación de cualquier colombiano que se encuentre en esa hipótesis, sin que ser destinatarios de la ley disciplinaria signifique decisión anticipada sobre responsabilidad alguna de carácter disciplinario, pues ella se rige por los principios y las reglas establecidas en el código disciplinario, y muy especialmente en su artículo 28.

El régimen disciplinario que controla el comportamiento de los servidores públicos, se aplica a los particulares únicamente cuando éstos cumplen funciones públicas.

> "La regla general, deducida del artículo 123 de la Constitución, es la de atribuciones apenas transitorias según los disponga el legislador: "La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas"
>
> No obstante, ante la existencia de varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de función pública por particulares, tales son los casos de los notarios (artículos 131 C.P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246 C.P.) y de la prestación de servicios públicos (artículo 365 C.P.), entre otros, no puede afirmarse que la temporalidad deducida del enunciado artículo 123 de la Constitución sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas." (Sentencia C-286 de 1996 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

Por consiguiente, resulta razonable la aplicación del régimen disciplinario a los indígenas que manejen recursos del Estado, pues allí en su condición de particulares serán sujetos pasivos de la acción disciplinaria, siendo ello concordante con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Disciplinario Único que señala como sujetos disciplinables a los particulares que administren recursos del Estado y establece el régimen aplicable a los mismos.

Así las cosas, el inciso segundo del artículo 25 de la ley 734 de 2002, no vulnera los derechos constitucionales de los indígenas al incluirlos como destinatarios de la ley disciplinaria, siempre y cuando, tal como lo señalan el Interviniente y el Ministerio

Público, el Estado capacite y asesore a las autoridades indígenas, para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos y las consecuencias de su infracción.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el Artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.

Jurisprudencia: Inciso 3° declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-127/03**.

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO - Gerentes destinatarios

Cuarta.- Aplicación de la ley disciplinaria únicamente a los gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria y no a todos los funcionarios que laboran en las mencionadas entidades, no vulnera el derecho a la igualdad. (Expediente D-4099)

Para resolver esta cuestión, es necesario aclarar que la llamada descentralización por servicios, implica el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada.

La definición de descentralización por servicios ha sido señalada por el legislador. Así, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, define como entidades descentralizadas de orden nacional a los establecimientos públicos las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objetivo principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, estas entidades aún cuando gozan de autonomía están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones de participación mixta por manejar recursos públicos, mantienen un vínculo con el Estado, es decir, de manera excepcional, se rigen por normas de derecho público, a pesar de que el régimen jurídico general sea el régimen del derecho privado, pues en su creación y financiación se involucra la iniciativa y el capital privado.

Ha de recordarse por la Corte que las entidades descentralizadas, de cualquier grado que ellas sean, se rigen por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de la actividad que desarrollen, y de conformidad con lo establecido por la Ley 489 de 1998 para cada caso.

Sin embargo, en todo caso, es deber del Estado actuar para que se cumplan los fines que les fueron dados, ya sea por que es de interés público o para orientar la económica y el desarrollo social, siendo potestad del legislador evaluar la necesidad de someterlas a uno u otro régimen.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución, "son servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades territoriales descentralizadas territorialmente y por servicios".

Estos servidores están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento, siendo competencia del legislador determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

Lo que quiere decir que es la propia Constitución (artículo 124) la que le otorga al legislador la facultad para determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva.

Por tanto, al establecer la ley 489 de 1998, que algunas las entidades descentralizadas por servicios, se rigen por el derecho privado, se puede considerar que corresponde al legislador establecer los eventos en que dichos trabajadores pueden ser considerados como servidores públicos, según el grado de responsabilidad en la ejecución y manejo de los recursos del Estado.

En sentencia C-230 de 1995, la Corte al declarar la exequibilidad del ordinal 2 literal a) del artículo 2 de la ley 80 de 1993 señaló que:

> ".... Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias.
>
> "... El encuadramiento de las corporaciones y las fundaciones en las condiciones de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unos y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como se dijo en la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines de

manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante contratación.

"... Cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponder por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial.

"Igualmente, cuando la misma norma determina que los miembros de los organismos allí señalados, gozarán de la calidad de servidores públicos, inmediatamente se les está reconociendo esta categoría a los funcionarios de las entidades descentralizadas de segundo orden, en virtud de su vinculación a una entidad de esa clase, calidad que se restringe en la ley 80 de 1993 a un cierto nivel de gestión y responsabilidad."

Teniendo en cuenta lo anterior, al señalar el inciso tercero del artículo 25 que "para efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen u organicen por el Estado o con su participación mayoritaria", no se vulnera el derecho a la igualdad alegado por la demandante. Por el contrario, además de ser función del legislador establecer las categorías de servidores públicos, según el tipo de responsabilidad al que se encuentran sometidos, debe entenderse que los sujetos no incluidos en la norma, en razón a su inferior jerarquía, estarán sometidos al derecho privado.

Artículo 26. ***Autores.*** Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro a cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función.

CAPITULO CUARTO

Formas de realización del comportamiento

Artículo 27. ***Acción y omisión.*** Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Apertura de Investigación. Radicación Nº **154-78729-2002**.

SERVIDOR PÚBLICO - Responsabilidad individual y subjetiva / **DELEGACIÓN** - Responsabilidad del delegante / **FALTA DISCIPLINARIA** - Comisión por omisión / **PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA** / **PREVARICATO POR ACCIÓN**

El Procurador General de la Nación, Dr. EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, por auto de única instancia de abril 19 de 2002, Radicación Nº 001-50569-01, expresó:

"… ciertamente el inciso 2º del artículo 211 de la Carta Política señala que la "delegación exime de responsabilidad al delegante", empero, tal afirmación no puede ser tomada descontextualizada, toda vez que la misma se expresa dentro del sistema general de responsabilidad que asume la Carta, pues el artículo 6º ibídem –que por demás es un principio fundamental del Estado- precisa que todo servidor público responde por las acciones y omisiones en el ejercicio de sus funciones, dando cuenta de un sistema de responsabilidad personal o individual. Esto es, lo expresado en el artículo 211 no es más que una fórmula mediante la cual se prevé la exclusión de lo que en otros ámbitos del derecho sancionador administrativo se denomina como responsabilidad "solidaria", con claros tintes objetivistas, en orden a afirmar la responsabilidad de tipo individual y subjetiva de que dan cuenta los artículos 6º y 29 ibídem, donde cada quien responde por lo suyo.

El delegado por sus actos y el delegante por su control. Ese control es expresión de los llamados controles de tutela y jerárquico que emanan del inciso 2º del artículo 208 de la Carta, puesto que tienen que ver con la "dirección de la actividad administrativa" a cargo de los Ministros del Despacho.

La vinculación del control jerárquico es tan intensa que obliga inclusive cuando se trata de la desconcentración de funciones, fenómeno que impone una relación de mayor independencia que en la delegación, puesto que se ordena por ley, va de órgano superior a órgano medio o inferior, se ejerce exclusivamente por el órgano desconcentrado y el superior jerárquico responde por virtud de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica (Corte Constitucional Sent. T-024 de 1999). Por el contrario, en la delegación la relación es más estrecha, puesto que si se puede asumir en cualquier momento el conocimiento del asunto (artículo 211 de la Carta), resulta obvio entender que para ello tiene que estar permanente y constantemente pendiente del control del delegado, toda vez que éste actúa "bajo las orientaciones generales que le indique el titular de la función" (Corte Constitucional Sent. C-561 de 1999). También la doctrina, en cabeza de PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ, sostiene tal posición.

Finalmente, si se tiene que en la delegación opera el control jerárquico, también debe predicarse que "el control se extiende a todos los aspectos del acto" (Corte Constitucional Sent. C-497A de 1994)".

La Corte Constitucional ha reiterado la jurisprudencia expuesta en sentencia C-272 de 1998, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, por medio de la cual ha dicho que "en general es propio de la delegación que la autoridad delegataria se encuentre en una cierta subordinación frente a quien delega", agregando que al "delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las funciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación". Se conserva para el delegante el "deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal" que emana del artículo 209 de la Carta Política, lo cual se fortalece con el "vínculo permanente y activo" que surge entre delegante y delegatario que impone al primero deberes de "revisión y el seguimiento de las decisiones" que tome el segundo, en fin "seguimiento y control de la actuación administrativa, en general, y del ejercicio de la delegación, en particular". Aclara que la delegación no propicia el desatenderse del cumplimiento de las funciones y menos aún es mecanismo para desconocer los principios que rigen la función administrativa, aun cuando precisa que no patrocina la responsabilidad objetiva, toda vez que delegante y delegatario responden "por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás"[59].

Allí tenemos representado el deber jurídico. La posibilidad de actuar está más que suficientemente demostrada, pues un Alcalde que ha delegado "todo" **queda sin oficios importantes**, debiendo entonces cumplir con el control que le compete en la delegación, pues como ha dicho la Corte Constitucional "la delegación no es un mecanismo para desprenderse de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad"[60].

En consecuencia las faltas cometidas por los delegados se le imputan por comisión por omisión, pues el artículo 211 de la Carta Política, al disponer que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, "no significa que aquél no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley"[61].

---

[59] Corte Constitucional, Sentencia C-372 de mayo 15 de 2002, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

[60] Ibídem.

[61] Ibídem.

> Ello lo confirma el inciso 5º del artículo 26 de la ley 80 de 1993 al prohibir trasladar a otro organismo o dependencia la responsabilidad de la dirección de la actividad contractual.
>
> Tal actuar es doloso, toda vez que los importantes recursos comprometidos no pueden menos que llamar la atención del Jefe de la Administración sobre lo que se está haciendo, manteniéndose inerme ante el transcurrir doloso de sus subordinados, cuando le competía "la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome le delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a la expectativas en ellos fincadas"[62].

Es regla de experiencia que quien ostenta un cargo de jurisdicción y mando importante como lo es el de ser Alcalde de una ciudad intermedia, timonea y lidera el curso de la administración pública y por tanto no puede estar ajeno a lo que suceda en sus dependencias subordinadas pero vinculadas directamente de primera mano, en tanto se trataba de su Secretario General y Secretario de Obras.

Pero además, si se tiene en cuenta que la delegación no responde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, ni siquiera al sentido común, toda vez que se desprendió prácticamente de la función, lo que materialmente significa que transfirió sus competencias en tal materia, según se desprende de los decretos 150 de febrero 21 de 2001, 211 de marzo 21 de 2001, 473 de mayo 10 de 2001, 474 de mayo 11 de 2001 y 475 mayo 11 de 2001 (fls. 43 a 55, Cuaderno 1), se tiene que buscó blindarse de cualquier cuestionamiento que se efectuara por efectos de la contratación, buscando a toda costa liberarse de responsabilidad.

Ello queda patentizado con el artículo final de los decretos de delegación: "La delegación que se hace mediante el presente decreto, exime de responsabilidad al delegante frente a todo lo relacionado con el objeto de la delegación, responsabilidad que corresponderá exclusivamente al delegatario".

De manera tal, como se puede ver, el Alcalde quedó convertido en una figura decorativa del municipio. Sólo atendía protocolos y actos públicos de representación de imagen.

Está demostrado que el Alcalde a pesar de la delegación de "todas" las funciones contractuales no se encontraba al margen de su ejercicio, pues nótese como en muchas oportunidades solicitó certificados de disponibilidad presupuestal para respaldar contratos (fls. 310, 366 y 404, Anexo No. 2).

Pero ello resulta evidente que actuó en comisión por omisión a título de dolo, incurriendo en FALTAS GRAVÍSIMAS, esto es, en un concurso material heterogéneo generado por cada una de las faltas en que incurrieron sus subalternos.

---

62 Ibídem.

1. Pero además, al establecer en los decretos 473 de mayo 10 de 2001, 474 de mayo 11 de 2001 y 475 mayo 11 de 2001 que la delegación "exime de responsabilidad al delegante frente a todo lo relacionado con el objeto de la delegación", desconoció flagrantemente y de manera manifiesta las reglas de la delegación, las cuales se contraen a exigir la "transferencia de funciones" y el señalamiento del objeto, la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos transferidos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la ley 489 de 1998, pero no tomar determinaciones sobre la responsabilidad; igualmente contradiciendo de manera flagrante y abierta el parágrafo 4º del artículo 2 de la ley 678 de 2001, que dice que "en materia contractual el acto de delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante", controles que de manera descarada quiso quitarse de encima, cuando se sabe que la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos está a cargo de la ley (artículos 90 y 124 de la Carta Política).

El numeral 1º del artículo 48 de la ley 734 de 2002 señala que constituye FALTA GRAVÍSIMA "realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo".

Pues bien, el delito de prevaricato por acción consiste en proferir resolución manifiestamente contraria a la ley por parte de un servidor público, según el artículo 413 del Código Penal, lo que implica, dado el comportamiento del procesado ya referido, que se ha realizado objetivamente la tipicidad de un delito sancionable a título de dolo.

La comisión del mismo resulta dolosa, pues un Alcalde con la experiencia del procesado no podía desconocer la ley y, especialmente, se tiene que con ello buscaba blindarse jurídicamente de cualquier objeción que se pudiera efectuar a la contratación de sus subalternos que no dirigía ni controlaba.

CAPITULO QUINTO

Exclusión de la responsabilidad disciplinaria

Artículo 28. *Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria.* Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.

2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-948/02** cuyos apartes sustanciales se transcriben a continuación.

CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA
- Aplicables a todos los tipos disciplinarios

Corresponde a la Corte en consecuencia establecer

(…)

iii) Si la expresión *"de mayor importancia que el sacrificado"* contenida en el numeral segundo y el numeral cuarto del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 que establece las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, se ajustan a la Constitución, o si deben declararse inexequibles por desconocer el principio de tipicidad en tanto introducirían referentes normativos externos de carácter objetivo no previstos en el tipo disciplinario y que por lo tanto no podrían ser objeto de conocimiento y voluntad en la comisión del hecho que pueda llegar a reprocharse a la persona procesada disciplinariamente.

(…)

4.2.3 El análisis de los cargos contra la expresión *"de mayor importancia que el sacrificado"* contenida en el numeral segundo y contra el numeral cuarto del artículo 28 de la Ley 734 de 2002.

Para el actor las expresiones "de mayor importancia que el sacrificado" contenida en el numeral segundo y el numeral cuarto del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 que establece las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria[63], vulneran el principio de tipicidad a que alude el artículo 29 superior, por cuanto por una vía

63 **Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria.** Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:
1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.
No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.

diferente a la estructuración legal de la conducta considerada como falta disciplinaria, se exige del destinatario de la ley disciplinaria una evaluación de aspectos objetivos relacionados con el tipo disciplinario, pero no insertos en éste, con lo que escapan a la consideración de su voluntad al momento de la comisión del hecho que pueda reprocharse disciplinariamente. Acusación que desestima la vista fiscal para la cual, en la medida en que en el derecho disciplinario tipicidad y antijuricidad sustancial están unidas, la falta disciplinaria bien puede excluirse por colisión de deberes.

Al respecto la Corte recuerda que, como ya se señaló en esta misma providencia, el ejercicio del poder del Estado para sancionar las faltas disciplinarias que cometan sus servidores como mecanismo para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente. Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general[64].

Así en este campo la garantía constitucional del principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal[65]. Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación[66].

Para el actor los apartes acusados del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 desconocen dichos presupuestos. Para la Corte sin embargo no son necesarios mayores desarrollos para concluir que la acusación del actor no toma en cuenta que el objeto del artículo 28 en que se encuentran insertos los apartes acusados no es la tipificación de conductas que puedan ser reprochadas disciplinariamente sino que en ella se señalan son las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, causales que dado su carácter general resultan aplicables a todos los tipos disciplinarios y que para poder ser invocadas implican el análisis específico de la situación de cada servidor público en el marco del proceso respectivo.

---

64 Ver la Sentencia C-310/97, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido ver la Sentencia C-708/99, MP. Alvaro Tafur Galvis, donde la Corte reitera la aplicación de los principios generales del debido proceso al derecho sancionatorio.

65 Corte Constitucional, Sentencia C-843/99, MP: Alejandro Martínez Caballero..

66 Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería, Rodrigo escobar Gil y Alvaro Tafur Galvis.

No sobra señalar además, como lo recuerda la vista fiscal en su intervención, que no es cierto que dichas causales escapen a la consideración de la voluntad del servidor público al momento de la comisión del hecho que pueda reprocharse disciplinariamente, pues dicho servidor tiene la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma con la capacidad de valorar, en un momento determinado, cuales son de mayor importancia para el efectivo cumplimiento de los fines estatales.

Así las cosas frente al cargo planteado la Corte declarará la exequibilidad de la expresión "de mayor importancia que el sacrificado" contenida en el numeral segundo así como el numeral cuarto del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.

3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

Doctrina: Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa. Radicación Nº **076-0972.**

EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA - Orden del superior jerárquico

En lo correspondiente a la antijuridicidad del comportamiento, en resumen los argumentos del disciplinado se concretan al cumplimiento de la orden de su superior jerárquico, la cual según su dicho estuvo motivada por la necesidad de acelerar el trámite del proceso disciplinario ante la inminencia de cumplirse el plazo determinado para la suspensión provisional. Por ello es imprescindible referirnos a los términos en que en principio se hizo la notificación, diligencia en la cual con claridad Figueroa Gómez señaló la procedencia del recurso de apelación y el término dentro del cual se debía sustentar dicho recurso, remitiéndose para ello al artículo 97de la Ley 200 de 1995, bajo la cual se rituó el proceso disciplinario.

Pero además, en la misma fecha en que se hizo la notificación, como él mismo lo advierte en el oficio que reposa a folio 73 del proceso, tuvo la oportunidad de consultar si el término para sustentar el recurso de apelación debía correr a partir de la última notificación o de la primera, la que se había llevado a cabo el 12 de noviembre de 1998 cuando se notificó el fallo de primera instancia al investigado Reynel Botía Acosta, ante el criterio expresado por el Director de Asuntos Laborales y Disciplinarios de la Caja Agraria, según el cual dicho término debía correr a partir de esta última fecha.

Es decir, que en tales condiciones no le quedaba la menor duda que dicho término debía surtirse a partir de 18 de noviembre de 1998, fecha en que se notificó al apoderado de Botía Amaya, no solamente por la consulta elevada, sino porque la norma claramente así lo establecía al contemplar el tema de la oportunidad para la interposición de los recursos.

De ahí en adelante y si bien el disciplinado dejó constancia escrita y verbal de no compartir la opinión expresada telefónicamente por el Director de Asuntos Laborales y Disciplinarios de la Caja Agraria, atendió finalmente la instrucción que le fue impartida, dejando constancia de la ejecutoria de la providencia, la cual trajo las consecuencias procesales que se conocen, por la violación ostensible del derecho a la defensa, como quiera que no se surtió el trámite de segunda instancia, sino que aceleradamente se finalizó el proceso para dar por terminada la relación laboral.

Es decir, que se trató de expedir un documento que no correspondía a la verdad, máxime cuando tampoco tuvo en cuenta que después de la notificación que se le hizo al disciplinado por intermedio de comisionado en la población de Saravena, tampoco se le dio la oportunidad de sustentar el recurso que oportunamente había interpuesto en el momento de la notificación, teniendo en cuenta que el Despacho comisorio se devolvió casi que inmediatamente.

Centrados en el tema de la obediencia debida al superior por parte del subordinado, que es en esencia el argumento del disciplinado, debe analizarse al tenor de las causales de justificación de la conducta previstas en el artículo 23 de la Ley 200 de 1995 y concretamente aquella consagrada en el numeral 3o., si en realidad se trató de una orden legítima de autoridad competente y emitida con las formalidades legales, para concluir, si en esas condiciones el comportamiento de Rafael Enrique Figueroa Gómez tiene o no justificación y por ende, sino hay lugar o no a imputarle responsabilidad disciplinaria por encontrar que el mismo, es o no antijurídico.

Sin mayor esfuerzo las evidencias probatorias nos llevan a la conclusión de que ninguno de tales presupuestos se dio en el caso presente, empezando por la falta de competencia en el asunto del Director del Departamento de Asuntos Laborales y Disciplinarios de la Caja Agraria, pues a quien competía tomar decisiones de acuerdo con lo previsto en la Resolución 032 de noviembre 4 de 1997, por medio de la cual el Presidente de la Caja Agraria asignó funciones y organizó la dependencia encargada del Control Disciplinario Interno y entre ellas, en el artículo 1º señaló que sería la Vicepresidencia de Recursos Humanos, la dependencia encargada de dicho control.

Y si bien en el mismo artículo se asignaron funciones al Departamento de Asuntos Laborales y Control Disciplinario, ellas estaban encaminadas a coordinar las investigaciones disciplinarias adelantadas en primera instancia, ejercer control y vigilancia sobre tales actuaciones, apoyar y coordinar con los Gerentes Regionales el cumplimiento de las políticas sobre actuación disciplinaria, asesorar a las distintas áreas de la entidad en la absolución de consultas de orden jurídico y desarrollo de los procesos administrativos disciplinarios, con el fin de unificar criterios, pero en manera

alguna le estaba adscrita función respecto de las decisiones propias del proceso disciplinario. Se trataba de una función de asesoramiento y apoyo en esos temas, de tal suerte que la orden que recibió Figueroa Gómez, no provino de autoridad competente que para el caso era, el Vicepresidente de Recursos Humanos.

Pero es que además esa orden debe cumplir otro requisito de orden sustancial cual es el de su legitimidad, lo cual significa que la orden esté dada dentro de la órbita funcional de quien la emite y se ciña a la normatividad que regule cada caso en particular y además que se expida con las formalidades legales. Ninguno de tales presupuestos se dio en el caso examinado, no solamente porque provino de quien no tenía competencia para hacerlo, sino porque se hizo en contravía de lo señalado en el artículo 97 de La ley 200 de 1995, que prevé la oportunidad en que deben interponerse y sustentarse los recursos como el que en esta oportunidad se interpuso.

Pero es que además, en esa materia la normatividad disciplinaria contenía otras directrices incluidas en los artículos que le fueron citados al disciplinado en el auto de cargos, que le permitían tener claridad sobre la forma como debía tramitarse el recurso de apelación y lo más importante, que el término para impugnar y sustentar debía contarse a partir de la última notificación, situación que no fue tenida en cuenta por el disciplinado, pues como se anotó con anterioridad a pesar de tener claridad sobre el tema y de saber que en el criterio del Director del Departamento de Asuntos Laborales mediaba era la urgencia de contar con la constancia de ejecutoria de la decisión para llevar a cabo la ejecución de la sanción, procedió de la manera como ha quedado demostrada.

Con esos elementos bien pudo desatender la orden dada desde la Dirección de Asuntos Laborales y no someterse a juicio disciplinario con la consecuencia que hoy debe asumir, por lo que ante la demostración absoluta de la antijuridicidad de su comportamiento a título de culpa como se analizó por la primera instancia, se confirmará la sanción impuesta, habida consideración de encontrarse acreditado el grado de culpabilidad; él tenía todos los elementos necesarios para haber tomado la opción que correspondía y no lo hizo; el perjuicio causado, derivado de la violación de las garantías procesales, como quiera que no se brindó la oportunidad de que la decisión sancionatoria se hubiese revisado por el superior funcional, en este caso el Vicepresidente de Recursos Humanos investido de jurisdicción disciplinaria.

4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

Jurisprudencia: Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-948/02**. El cargo se analizó conjuntamente con el numeral 2° de este mismo artículo cuyo aparte ya fue trascrito.

Doctrina: Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios. Radicación Nº **009-56206**.

> **EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA** - Colisión de derecho-deber / **EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES** - Vulneración de derechos fundamentales

Sin embargo, el doctor SAMUEL OTTO SALAZAR NIETO advierte en su escrito, que de persistir la tesis de extralimitación de funciones, debe la Procuraduría tener en cuenta que ésta se produjo *"por salvar unos derechos que están siendo violados, lo que coloca la actividad cuestionada dentro de esta causal de exclusión de responsabilidad",* es decir, la consagrada en el artículo 28, numeral 4º, de la Ley 734 de 2002. Debe entonces entrarse a estudiar si en el presente caso se dio la causal invocada como exclusión de responsabilidad.

Para el doctor SAMUEL OTTO SALAZAR NIETO, en el caso a estudio se presenta una colisión de derecho-deber, traducida en que la comunicación cuestionada está vinculada a unos derechos del Secretario de Prensa como ciudadano, los que debe respetar y propiciar que sean respetados, que se hacen valer a través del derecho fundamental de réplica, frente al deber que como servidor público le asistía.

Sobre el asunto, como ya se advirtió, el servidor público actúa como tal y no puede desligar su condición para proceder a llevar a cabo actuaciones que no tienen dicho límite. Su intervención, se circunscribió dentro de la esfera de servidor público, pero más allá de su limite funcional, sin que sea de recibo que las comunicaciones con la DIAN y el Ministerio de Comunicaciones no estuvieron revestidas de su condición de servidor público, y que al dirigir el escrito al Director del programa La Luciérnaga lo fue a título eminentemente personal. Tal aceptación, sería contradictoria a los mismos planteamientos esbozados en la versión libre, en los que argumenta que fue en cumplimiento de una instrucción impartida por el mismo Presidente de la República.

Para admitir una colisión de derecho-deber, es preciso tener en cuenta, como lo ha dicho la doctrina, que se configura cuando entran en conflicto deberes con derechos inherentes a la función pública, caso en el cual la regulación del asunto está en el ámbito del ilícito; pero, cuando el conflicto involucra un derecho que no tiene vinculación al cargo o a la función pública, sea éste propio o ajeno, el tratamiento debe realizarse en el plano de la culpabilidad, como causal de inexigibilidad de otra conducta.

No es plausible, en este caso, que el servidor público, movido por el ejercicio de derechos fundamentales como ciudadano, sin tener en cuenta el cargo o función, vulnere el cumplimiento de sus deberes oficiales, como lo es, el acatamiento de la Ley, y proceda a desbordar su esfera funcional. Para el Despacho, los limites de la

razonabilidad y proporcionalidad de la conducta, imponían el cumplimiento de los deberes. Además, si examinamos el aspecto de la necesidad de comportarse en la forma que se hizo, es claro que ella no es evidente, teniendo en cuenta que el mismo Presidente de la República, en horas del medio día, en la Escuela Militar, hizo un pronunciamiento sobre los hechos, dejando en claro el respeto por el derecho a la libre expresión, y replicando sobre los sucesos presentados, instando a quienes tuvieran conocimiento del asunto para que presentaran pruebas.

Aun asumiendo hipotéticamente como valida la defensa, con el comportamiento asumido por el doctor SALAZAR NIETO, se abusaría de los derechos constitucionales que alega le son propios como ciudadano, esto es, Derecho de Petición, de recibir información veraz, el ejercicio de réplica, entre otros, como ya se advirtió en los argumentos expuestos por el Despacho. Y se abusaría, porque como Secretario de Prensa de la Presidencia de la República se comunicó con las entidades involucradas en el asunto, esto es, la DIAN y el Ministerio de Comunicación, obteniendo una información de carácter general, que posteriormente consignó en un escrito en forma tergiversada, haciendo afirmaciones sobre aspectos personales de un ciudadano, que no tenían soporte, afectando los derechos de éste, como fueron su honra y buen nombre, en las circunstancias ya analizadas.

Este comportamiento, no era del resorte de sus funciones, razón por la que no es dable considerar que sacrificó un deber oficial para salvaguardar unos derechos que le eran propios como ciudadano, violentando los derechos que le asisten a un tercero, y los que también gozan de dignidad, y obviamente de protección, y requieren comportamientos responsables.

Ahora, que al Secretario de Prensa le era inexigible otra conducta, es decir, que el camino para proceder sólo era el de infringir la ley disciplinaria, no es cierto, porque, se reitera, conocía sus deberes funcionales y profesionales, dentro de los que no se comprende el entrar a los ámbitos administrativos y políticos del Gobierno, y menos tergiversar la información que recibe como tal.

Aquí, es claro que al no estar ejerciendo un derecho (como ya se demostró) se imponía el cumplimiento del deber, esto es, que el Secretario de Prensa debió limitarse a sus deberes funcionales, dentro del marco de sus atribuciones, razón por la que no puede reconocerse la ocurrencia de la causal alegada, porque se conocía el marco de los deberes y aún así tuvo la voluntad de actuar determinado por tal conocimiento.

Ese estado de conocimiento del ámbito de sus funciones, es evidente y se predica como pleno, ya que llevaba en el cargo casi un (1) año, sin que pueda decirse que el conocido desbordamiento de facultades surgió de una omisión de cuidado, de carencia en su formación intelectual que le impidiera apreciar las disposiciones de Ley en sus reales alcances; aquel, surge de la inobservancia consciente y voluntaria de la preceptiva legal que fijaba la competencia para el Secretario de Prensa de la Presidencia de la República.

En este punto, la buena fe que argumenta el doctor SALAZAR NIETO, no varía el título de la imputación, porque el propósito que dice guió su conducta, esto es, *"actuar frente a la infame mentira que afectaba al Gobierno, al Presidente de la República y violaba el derecho fundamental a la información"*, es un motivo determinante que no hace parte de la estructura del tipo, y que solo puede ser tenido como consideración para efectos de la dosificación de la sanción.

El ejercicio de las funciones, para el caso en estudio, de las del Secretario de Prensa de la Presidencia de la República, es reglado, y está contenido en el Decreto 2719 de 2000, artículo 9º, razón por la que la diligencia que empleara en asunto ajeno a su competencia no lo exonera de la imputación por extralimitación de las mismas.

Doctrinariamente, sobre la colisión de derecho-deber, se ha dicho:

> *"...si colisionan derecho y deber, y se llega a la conclusión de que éste debe imponerse sobre el derecho, surge el concepto de infracción disciplinaria del comportamiento por "extralimitación en el ejercicio de derechos" de que da cuenta el artículo 23 del NCDU, cuya fuente sustancial se encuentra en los artículos 33 y 55 numeral 10 ibídem;..."* (Dogmática del Derecho Disciplinario, GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO, 2ª edición).

5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.

6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

Doctrina: Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios. Fallo de segunda instancia. Radicación Nº **154-60482-2001**.

> **ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE** / **ERROR DE PROHIBICIÓN** - Medios para evitarlo / **LICITACIÓN PÚBLICA** - Concepto jurídico no vinculante / **FRACCIONAMIENTO DE CONTRATO**

"…Como sobre este punto el apoderado del mandatario regional invocó dos fallos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, veamos al efecto lo que señala sobre el error uno de los más grandes tratadistas[67] del derecho penal:

[67] ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas S.A., 1997, página 878 y ss.

"… en sentido jurídico un error de prohibición no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa de sanción. En su punto de partida esta idea no es extraña tampoco a la jurisprudencia, cuando la misma propugna graduar la magnitud del esfuerzo que hay que aplicar para conocer la prohibición 'según las circunstancias del caso y según el sector vital y laboral del individuo'.

"… Los medios para evitar un error de prohibición son reflexión e información. Un error de quien no ha puesto o no ha agotado estos medios no es en modo alguno eo ipso *vencible, sino que la vencibilidad depende de tres presupuestos o requisitos que se basan uno en otro: el sujeto tiene que haber tenido un motivo para reflexionar sobre una posible antijuridicidad de su conducta o para informarse al respecto … Cuando exista un motivo, el sujeto o bien no debe haber emprendido ningún tipo de esfuerzos para cerciorarse o bien estos esfuerzos deben haber sido tan insuficientes que sería indefendible por razones preventivas una exclusión de la responsabilidad … Cuando el sujeto, pese a existir un motivo, se ha esforzado en pequeña medida por conocer el Derecho, su error de prohibición es sin embargo vencible solamente cuando unos esfuerzos suficientes le habrían llevado a percatarse de la antijuridicidad".*

La remisión que hace este Despacho a tan importante criterio, no tiene otro objetivo sino el de aclarar la situación expuesta por el recurrente, radicada en que su defendido fue determinado por otro a la firma de unos actos bilaterales, convencido que su gestión no constituía quebranto a disposición alguna; sin embargo, para llegar a la configuración de la causal exculpativa, debe entonces revisarse, a la luz del mandato legal y de los presupuestos doctrinales que anteceden, las circunstancias que rodearon cada una de las actuaciones censuradas al investigado en su tarea de mandatario departamental del Cesar, el conocimiento sobre la antijuridicidad de las mismas y hasta qué punto le fue invencible.

"…En la tarea de revisión del proceso, ha advertido el Despacho que cuando el doctor Larrazabal Parodi asumió las funciones de dicha jefatura, en un proceder por demás diligente y preventivo, remitió a todas las dependencias encargadas de la contratación, sendos oficios en los cuales relacionaba, no sólo los montos de las cuantías para contratar, sino además un serio instructivo sobre la manera de adelantar dichos procedimientos, una copia de las cuales, como aparece en el anexo 2 del cartulario, fue recibido por la Secretaria personal del doctor Bolaño Guerrero, frente a lo cual cabe concluir que, en torno a la importante labor de ejecución de recursos públicos, el Gobernador contó con un Jefe Jurídico que le orientó en el ejercicio de sus funciones.

Por ello, la decisión de primer grado no fue desfasada ni atentó contra derecho alguno del disciplinable, y es que la vinculación del servidor estuvo dada por las mismas previsiones de la Ley 80 de 1993.

Efectivamente, siendo representante y ordenador del ente estatal, es, a la vez, el director y manejador de la actividad contractual y, por ende, responsable en su desarrollo.

Lo anterior no le era desconocido, primero porque en esa medida inició el proceso precontractual y luego firmó el decreto de delegación de funciones en dicha etapa, cuando ya la administración había decidido sobre la conveniencia de las obras, además de haber sido presupuestadas y, segundo, así se lo había hecho saber el doctor Lazarrabal Parodi cuando le remitió el referido instructivo de contratación y cuantías.

Estas consideraciones son cruciales para inferir que en la conducta censurada no se configuró el error de prohibición alegado por la defensa, como tampoco que el fallo de primera instancia haya sido proferido con falsa motivación.

Lo que a este respecto debe precisarse es que, para cuando el mandatario regional firmó los acuerdos de voluntades, existía concepto jurídico sobre la necesidad de adelantar licitación pública, prueba que desde el principio respaldó la acusación así como la posterior declaratoria de responsabilidad puesto que, conocidas las tareas que debían desarrollarse, desde el comienzo se prefirió dar paso a su conveniencia de manera fraccionada y, en últimas, dividir la contratación para evitar el mandato legal que imponía adelantar aquel procedimiento licitatorio.

Si ello es así, el medio demostrativo que alega el recurrente como desatendido –el oficio remisorio de las minutas-, tampoco sirve ahora para amparar el comportamiento en el error alegado; no, lo que resulta claro para el Despacho es que, el disciplinable es la primera autoridad administrativa del departamento del Cesar, destino público que le exige, para el adecuado ejercicio de tan alta investidura, informarse y reflexionar sobre los asuntos puestos a su consideración, cerciorarse de la juridicidad o antijuridicidad de ello, de tal manera que, agotado ese proceder, entonces podría considerarse la vencibilidad o no de dicho error.

Recuérdese que, cuando se inició la etapa precontractual, ésta estaba bajo su responsabilidad, que luego delegó en un servidor cercano a sus directrices y mandato, en consecuencia, tenía plena conciencia de los alcances de sus actos; pero también explíquese que, conforme al Decreto 545 de 28 de diciembre de 2000, vigente para la época, el Jefe de la Oficina Asesora en Asuntos Jurídicos no tenía como tal, la función de inmiscuirse en el trámite adelantado, pues sólo le competía advertir si el contenido de las minutas estaba ajustado o no a los requisitos que para los mismos fija el estatuto contractual.

Pero en una labor, se repite, por demás diligente en cuanto fue más allá de sus

deberes, el doctor Larrazabal hizo ver a los involucrados que los antecedentes no correspondían al procedimiento que había de seguirse y, por supuesto, luego de la respuesta que en torno a ello recibió, no era su obligación insistir en lo mismo por carecer su concepto de fuerza vinculante, además de que, la administración ya había decidido contratar directamente, ante lo cual su camino fue dar visto bueno al contenido de las minutas y no al proceso como tal, estimación que conduce al desmonte de la causal invocada.

Adviértase además que en el curso del mandato del doctor Bolaño Guerrero, se expidió el Decreto 519 de 21 de diciembre de 2001, por el cual se estableció el Manual Específico de Funciones y Requisitos para los diferentes empleos de la planta global de la gobernación del Cesar, vale decir, posterior a la ocurrencia de los hechos cuestionados y, por ende, inaplicable frente a la pretensión de la defensa, pues si bien en él se fijó en el titular de la citada Jefatura el deber de "*… coordinar y asesorar los procesos de contratación que se encuentren bajo la responsabilidad de cada una de las secretarías sectoriales*", no tenía tal atribución al comenzar aquella vigencia que estaba en cabeza del Gobernador y que luego delegó en su Gerente de Infraestructura.

Retomando lo expuesto en la mencionada decisión[68] de la Corte Suprema de Justicia, en ella se hicieron válidas reflexiones en torno al principio de responsabilidad previsto en el normado 26 de Ley 80 de 1993, aplicables al asunto, así:

> *"… Dentro de ese contexto normativo, entonces, es el gobernador del departamento el garante del cumplimiento íntegro del ordenamiento jurídico en los actos de la administración seccional; de modo que tiene la obligación de responder por los asuntos de su competencia con apego absoluto a la Constitución y a la ley, especialmente en relación con aquellos que giran en torno a la custodia y destinación de los recursos que le pertenecen.*
>
> *"No se trata del cumplimiento de cualquier papel dentro de la administración, sino del rol de garante de primer orden en el desarrollo de las tareas de la administración seccional, pues al fin y al cabo es su representante legal y el ordenador del gasto.*
>
> *"El papel que tiene que cumplir presupone en el gobernador la existencia de conocimientos y capacidades especiales para el cabal ejercicio de las funciones que le fueron confiadas por voto popular, y por ende está en la obligación de adaptar su comportamiento a los dictados de la constitución y la ley, sin defraudar las expectativas depositadas en él por los asociados, pues de lo contrario, de pasar de ser el garante del respeto y efectividad de los principios y deberes que rigen su función, incursiona en el campo del derecho*

[68] Sala de Casación Penal, sentencia de 24 de septiembre de 2002, radicado 17.392, Magistrado Ponente doctor Fernando Enrique Arboleda Ripoll

penal al comportar su conducta riesgos jurídicamente desaprobados que desbordan el ámbito de lo permitido y se traducen en resultados relevantes.

"En cabeza de (…), en su condición de representante legal del departamento y ordenador del gasto, radicaba la posición de garante de la observancia del ordenamiento jurídico vigente en punto del proferimiento de los actos administrativos de la gobernación tendientes a regular la forma de contratación; y si bien lo indicado era que se asesorara de sus inmediatos colaboradores, especialmente en el jefe del departamento jurídico, ello no excluye la imputación por la realización del tipo, ni lo exime de responsabilidad, pues no puede invocar el principio de confianza quien tiene dicha posición en virtud de deberes preexistentes a la conducta que realiza y que ha defraudado las expectativas que emergen de su ámbito de competencia

.

"En este evento ni siquiera se puede hablar de delegación, pues lo que ha dicho el procesado es que consultó con el Asesor jurídico (…) la posibilidad de declarar la urgencia manifiesta, lo cual es diferente a delegar la competencia para proferir los actos administrativos o celebrar contratos en servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo.

"En ese sentido, como bien entendió la representante del Ministerio público, no hay lugar a confundir las consecuencias de un acto de asesoramiento, que fue el realizado por el Secretario jurídico de la Gobernación, con la labor desarrollada en virtud de la delegación prevista en el artículo 12 de la ley 80 de 1993, pues sólo en ese evento es posible predicar la exclusión de responsabilidad del delegante por los actos realizados por su delegatario con fundamento en el principio de confianza.

"El hecho de que el asesor jurídico hubiera elaborado materialmente los decretos de urgencia manifiesta, no significa que se tratara de un acto de esa naturaleza, pues tal actividad apenas vino a concretar la decisión que ya había sido adoptada por el propio gobernador, y lo único que hizo (…) fue plasmar en el documento las razones por las cuales se acudía a la medida para presuntamente conjurar situaciones excepcionales del momento.

"En ese sentido no podría afirmarse que el funcionario sorprendió al primer mandatario con los actos administrativos ya elaborados, y que éste apenas pudo conocer la situación y tomar la determinación en el instante que precedió a la firma de los decretos. No es eso lo que se establece de la indagatoria del procesado (fls. 273 a 284. C.o. 1) y el testimonio de (…) (fls. 285 a 291), aparte que ello resultaría contrario a la forma como se toman las decisiones al interior de la administración, donde previamente el jefe o representante de la entidad adopta la determinación y después manda a elaborar el decreto que la contiene, sin que sea posible confundir las fases de toma de decisión y documentación de lo decidido.

“Cierto es que el gobernador, como cualquier ordenador del gasto, no está en posibilidad de supervisar todo lo que ocurre al interior de la administración, pero no se trataba aquí de vigilar o supervisar una simple actividad posterior, si se quiere relativa a la elaboración de la minuta por parte del asesor jurídico, sino de verificar el cumplimiento de los supuestos normativamente establecidos para decretar la urgencia manifiesta y tomar la decisión correspondiente, es decir cumplir u observar la norma, función que en este caso no fue delegada”.

En ese orden, se mantienen los argumentos de primera instancia cuando imputó al Gobernador del Cesar la firma de los actos bilaterales en los que se dividió artificialmente el objeto de la contratación, cuando anticipadamente conoció de la necesidad y, en el desarrollo del procedimiento, le fue informado que ello no era viable so pena de violarse los principios contractuales, teniéndose como firme soporte el documento OJ 314 de 8 de marzo de 2001, al igual que el de 14 del citado mes y año por el cual, además de enviársele los proyectos de contrato, también se le remitieron los antecedentes de la contratación que advertían la falencia tantas veces enunciada.

Por tanto, a juicio de esta instancia el procesado era plenamente consciente de sus funciones y del alcance normativo frente a la contratación que irregularmente suscribió, por lo que, en modo alguno se configura la causal excluyente de culpabilidad alegada, con base en las consideraciones que anteceden las cuales, por principio de integridad, complementan el fallo de primer grado.

Las anteriores proposiciones, permiten al Despacho rebatir la posición que tiende a la absolución del implicado, puesto que, denegada la exculpación y partiéndose de la tipicidad del comportamiento, fundamentado, además, en el quebranto de las disposiciones citadas en el acusatorio, así como de la antijuridicidad material en la inobservancia de la función pública que se debía tutelar, de acuerdo a lo señalado en la decisión recurrida, ha de confirmarse la gravedad con que se calificó la falta, así como el grado de culpabilidad que, en este caso, lo fue a título de dolo, en atención a las mismas argumentaciones que han servido para desvirtuar el supuesto error de prohibición.

7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.

T I T U L O III

LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

CAPITULO PRIMERO

Causales de extinción de la acción disciplinaria

Artículo 29. ***Causales de extinción de la acción disciplinaria.*** Son causales de extinción de la acción disciplinaria las siguientes:

1. La muerte del investigado.

2. La prescripción de la acción disciplinaria.

Parágrafo. El desistimiento del quejoso no extingue la acción disciplinaria.

CAPITULO SEGUNDO

Prescripción de la acción disciplinaria

Artículo 30. ***Términos de prescripción de la acción disciplinaria.*** La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.

En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 ~~y las del artículo 55 de este código~~.

Jurisprudencia: El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-948/02** cuyos apartes relevantes pertinentes se transcriben a continuación.

> **PRINCIPIO DE IGUALDAD** - La prescripción de las faltas cometidas por los particulares que ejercen funciones públicas debe ser igual a la de los servidores públicos

Corresponde a la Corte en consecuencia establecer

(…)

vii) Si la expresión *"y las del artículo 55 de este Código"* contenida en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 se ajusta a la Constitución, o si por el contrario ella debe ser declarada inexequible, por cuanto su mantenimiento en el ordenamiento jurídico implicaría dar un trato discriminatorio a los particulares que ejercen funciones públicas a que se refiere la Ley, en la medida en que con ella se señala un término de prescripción para la acción disciplinaria que puede ser ejercida contra ellos, sustancialmente mayor que el que se establece en la misma Ley para los servidores públicos respecto de las mismas conductas tipificadas como faltas disciplinarias en dicho artículo 55.

(…)

4.4. El análisis de los cargos contra la expresión *"y las del artículo 55 de este código"* contenida en el segundo inciso del artículo 30 de la Ley 734 de 2002.

Para el actor la expresión acusada contenida en el segundo inciso del artículo 30 de la Ley 734 de 2002[69], vulnera el principio de igualdad, por cuanto impone un término de prescripción de la acción disciplinaria en relación con las faltas gravísimas en que incurran los particulares que cumplen funciones públicas que resulta discriminatorio frente al término de prescripción que se establece en la misma Ley para las mismas faltas cuando son cometidas por servidores públicos, sin que exista ninguna justificación constitucional para establecer esta diferencia de trato. Acusación que comparte la vista fiscal en su intervención.

Al respecto la Corte constata que el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 en el que se establecen los términos de prescripción de la acción disciplinaria señala en su primer inciso un término general de 5 años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto, aplicable a la mayoría de las faltas disciplinarias en las que pueden incurrir los servidores públicos, mientras que en su segundo inciso se establece un termino especial de 12 años para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48[70], relativas a la vulneración por dichos servidores de las normas del derecho internacional humanitario.

---

69 **Artículo 30. Términos de prescripción de la acción disciplinaria.** La acción disciplinaria prescribe en cinco años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto.
En el término de doce años, para las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 y las del artículo 55 de este código.
Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.
Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

70 **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes: (…)
4. Omitir, retardar y obstaculizar la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función.

Este término de 12 años, de acuerdo con el mismo inciso, se aplica en el caso de las faltas establecidas en el artículo 55 *Ibídem*, es decir las faltas gravísimas en que pueden incurrir los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los señalados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado, para los cuales la Ley 734 de 2002 establece un régimen especial contenido en el Título I del Libro III de dicho cuerpo normativo.
Las faltas a que hace alusión la norma son las siguientes:

> **"Artículo 55. Sujetos y faltas gravísimas.** Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas:
> 1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.
> 2. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución o en la ley.
> 3. Desatender las instrucciones o directrices contenidas en los actos administrativos de los organismos de regulación, control y vigilancia o de la autoridad o entidad pública titular de la función.
> 4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.
> 5. Cobrar por los servicios derechos que no correspondan a las tarifas autorizadas en el arancel vigente, o hacerlo por aquellos que no causen erogación.
> 6. Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas a los servidores públicos o particulares para obtener beneficios personales que desvíen la transparencia en el uso de los recursos públicos.

---

5. Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social:
a. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
b. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
c. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
d. Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro.
6. Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros.
7. Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario.
8. Someter a una o varias personas a privación de la libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley.
9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos graves físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.
10. Ocasionar, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia.

7. Abstenerse de denunciar a los servidores públicos y particulares que soliciten dádivas, prebendas o cualquier beneficio en perjuicio de la transparencia del servicio público.
8. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.
9. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo.
10. Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.
11. Las consagradas en los numerales 2, 3, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56 y 59, parágrafo cuarto, del artículo 48 de esta ley cuando resulten compatibles con la función.

La Corte constata frente a este artículo que las conductas de que tratan los numerales, 1, 2, 4, 8 y 9, son prácticamente idénticas a las que se establecen como constitutivas de falta gravísima para los servidores públicos en los numerales 1[71], 17[72], 3 (segundo inciso)[73], 60[74] y 61[75] del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, respecto de las cuales cabe predicar la aplicación de la regla general en materia de prescripción a que alude el primer inciso del artículo 30*Ibidem*.

La Corte llama la atención igualmente sobre el hecho de que la enumeración que contiene el numeral 11 del artículo 55 citado, remite a una serie de faltas gravísimas establecidas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, las cuales cuando son realizadas por servidores públicos tendrán una término de prescripción de 5 años, por aplicación en su caso de la regla general a que se refiere el primer inciso del artículo 30 *ibídem*, pero cuando en ellas incurran los particulares a los que se aplica el régimen especial contenido en el título I del Libro III de la Ley *ibídem* tendrán un término de prescripción de 12 años de acuerdo con lo preceptuado en el segundo inciso del mismo artículo 30 de la Ley acusado.

Existe pues, de manera evidente un tratamiento diferente por parte del Legislador para unas mismas conductas, frente a las cuales la acción disciplinaria tendrá un término de prescripción diverso según se incurra en ellas por parte de los servidores públicos o por parte de los particulares sometidos al régimen especial establecido en el título I del Libro III de la Ley 734 de 2002.

---

71 "1.Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo."

72 " 17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales."

73 " 3. (…)Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga."

74 "60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante."

75 "61. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo."

Ahora bien, revisados los antecedentes de la disposición acusada, la Corte pudo constatar que ni de la exposición de motivos de la iniciativa que se convertiría en la Ley 734 de 2002, en la que por lo demás el término de prescripción de 12 años a que alude la norma acusada no se encontraba previsto, ni de las diferentes ponencias y debates en el Congreso de la República que precedieron la aprobación por el Congreso de la referida ley, se desprende la mas mínima manifestación por parte del Legislador que permita establecer la invocación por el Legislador de una justificación para esta circunstancia[76].

Podría aducirse que dicha justificación surge de la voluntad del Legislador de establecer un régimen especial para los particulares "que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado"[77], a los cuales precisamente se aplican las disposiciones contenidas en el capítulo I del título III de la Ley *ibídem.*

Para la Corte sin embargo de la simple enunciación de los elementos básicos del juicio de igualdad a que acude esta Corporación frente a la posible vulneración del artículo 13 superior[78] se desprende de manera evidente el desconocimiento de dicho texto constitucional en el presente caso.

Nada justifica en efecto, dentro de la órbita de los principios que rigen el derecho disciplinario, que frente a una misma conducta se establezca un término de prescripción completamente diferente.

Al respecto la Corte coincide con la vista fiscal cuando señala que la responsabilidad disciplinaria, tanto de servidores públicos como de los particulares que desempeñen funciones públicas, tiene como fundamento constitucional la obligación de cumplir con los deberes funcionales que el cargo o la función pública ejercida imponen. Por ello frente al incumplimiento de dicho deber funcional no resulta proporcionado que se establezca una solución diametralmente diferente si quien lo incumple es un servidor público o un particular en ejercicio de funciones públicas.

---

[76] De dichos antecedentes se desprende solamente la voluntad del Legislador de establecer un término de prescripción mas amplio para aquellas conductas reprimidas por el Derecho Internacional Humanitario, constitutivas simultáneamente de falta disciplinaria, voluntad que se manifiesta además en el texto del parágrafo del artículo 30 de la Ley 734 de 2002 en el que se señala que los términos de prescripción de la acción disciplinaria previstos en dicho artículo "quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique"., aspecto sobre el cual no cabe hacer en este proceso ningún pronunciamiento por no ser objeto de acusación en el presente proceso.

[77] Artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

[78] En relación con el juicio de igualdad ver entre otras las sentencias C-530 de 1993 M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-412/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-586/01 y C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-742/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, con aclaración de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

En este caso, cabe hacer énfasis, se trata de establecer un término de prescripción para el caso de los particulares que ejercen funciones públicas que es el doble del que se establece para los servidores públicos.

Si bien de acuerdo con los artículos 123 y 124 constitucionales el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración para establecer el régimen de responsabilidad tanto de los servidores públicos como de los particulares que cumplen funciones públicas, es claro que dicha competencia debe ser ejercida en este caso dentro del marco de dichos principios y en todo caso dentro del respeto de los principios y valores constitucionales dentro de los que se cuenta en primer término el principio de igualdad.

Si bien igualmente los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones pública no resultan por completo asimilables, razón por la cual esta Corporación señaló la necesidad de establecer para dichos particulares un régimen específico[79], es claro que dicho régimen no puede establecer frente a una misma situación de hecho una diferencia de trato de la magnitud que se señala en este caso.

Así las cosas la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión "y las del artículo 55" contenida en el segundo inciso del artículo 30 de la Ley 734 de 2002.

La Corte debe precisar que esta declaratoria de inexequibilidad no puede interpretarse, en el sentido de dejar sin término de prescripción la acción disciplinaria en relación con los particulares que cumplen funciones públicas. Cabe recordar que el artículo 30*Ibidem* es una norma comprendida en la parte general de la Ley y por lo tanto aplicable a todos los destinatarios de la misma, (artículo 25 *Ibídem*), y que en la medida en que no resulta posible aplicar la regla especial en materia de prescripción de la acción disciplinaria prevista en el inciso segundo de dicho artículo, la regla aplicable es la regla general prevista en su primer inciso, es decir el término de prescripción de 5 años que en el se establece.

Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas.

Parágrafo. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que Colombia ratifique.

Artículo 31. ***Renuncia a la prescripción.*** El investigado podrá renunciar a la prescripción de la acción disciplinaria. En este caso la acción sólo podrá proseguirse por un término máximo de dos (2) años contados a partir de la presentación personal de la solicitud, vencido el cual, sin que

[79] Ver Sentencia C-280/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

se hubiese proferido y ejecutoriado el respectivo fallo, no procederá decisión distinta a la de la declaración de la prescripción.

Jurisprudencia: El aparte subrayado corresponde en el mismo sentido al aparte subrayado del artículo 36 de la Ley 200 de 1995 que fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-556/01**.

PRESCRIPCIÓN - Definición

PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA - Alcance

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA - Finalidad

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA - Fin esencial

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA EN DEBIDO PROCESO - Núcleo esencial

DEBIDO PROCESO - Culminación de acción con decisión de fondo

PRESCRIPCIÓN EN DEBIDO PROCESO - Núcleo esencial

COSA JUZGADA - Alcance

PRESCRIPCIÓN EN PROCESO DISCIPLINARIO - Certeza / **PRESCRIPCIÓN EN PROCESO DISCIPLINARIO** - Alcance

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA - Renuncia y oficiosidad

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA EN PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - Alcance

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA - Nuevo plazo

NORMA DEMANDADA

(…)

Artículo 36.- *Renuncia y Oficiosidad. El disciplinado podrá renunciar a la prescripción de la acción disciplinaria. En este caso la acción solo podrá proseguirse por un término máximo de un (1) año contado a partir de la presentación personal de la solicitud, vencido el cual sin que se hubiese proferido*

y ejecutoriado el respectivo fallo, no procede decisión distinta a la declaratoria de la prescripción."

(…)

La prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva - *ius puniendi*- por el cumplimiento del término señalado en la ley.

La Corte con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad de una norma que pretendía ampliar el término de la prescripción, en ciertas circunstancias, tuvo oportunidad de precisar el significado de esta figura frente a la potestad disciplinaria de la administración. Al respecto expresó:

> *"La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.*
>
> *Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho periodo sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.*
>
> *El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. "La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos.... Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar".*
>
> *El término de cinco años fijado por el legislador, en el inciso primero del artículo 34 de la ley 200 de 1995, para la prescripción de la acción disciplinaria, fue considerado por éste como suficiente para que se iniciara por parte de la entidad a la cual presta sus servicios el empleado o la*

Procuraduría General de la Nación la investigación, y se adoptara la decisión pertinente, mediante providencia que ponga fin al proceso.

Así las cosas, no encuentra la Corte justificación razonable para que se extienda dicho término de prescripción, más allá de los cinco años señalados, para los casos en que se haya notificado fallo de primera instancia, como se hace en el parágrafo 1o. objeto de demanda, disposición que configura una clara violación de los artículos 29 y 13 de la Constitución, como se verá enseguida. (...)

Es que si el Estado no ejercita su potestad disciplinaria dentro del término quinquenal señalado por el legislador, no puede después, invocando su propia ineficacia, desinterés o negligencia, ampliar dicho lapso prescriptivo sin violar el derecho del infractor, de exigir una pronta definición de su conducta. Es que la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, hasta cuando la autoridad respectiva la quiera ejercer, de ahí que el legislador haya establecido un límite en el tiempo -5 años- (...)"

Es decir que al tiempo que la prescripción constituye una sanción frente a la inactividad de la administración, el fin esencial de la misma, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación, lo que violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos disciplinarios concluyan.

3.2.2 Prescripción y núcleo esencial del debido proceso

El debido proceso (art.29 C.P.) se aplica en materia disciplinaria y enmarca consecuentemente toda la actuación de la administración. Así lo ha recordado la Corte reiteradamente al examinar la constitucionalidad de diferentes normas de la ley 200 de 1995. En este sentido, en la Sentencia C-892/99 se dijo:

"Todas las actuaciones que se adelanten dentro del proceso disciplinario, deben enmarcarse plenamente, dentro de los principios que integran el derecho fundamental al debido proceso, de manera, que las normas que integran el proceso disciplinario, no pueden desconocer los principios de publicidad, contradicción, defensa, legalidad e imparcialidad"[80].

En relación con el aspecto específico que ocupa la atención de la Corte, debe resaltarse que la prescripción de la acción disciplinaria hace parte del núcleo esencial del debido proceso.

---

80 Sentencia C-892/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

En efecto, la jurisprudencia ha sostenido que el derecho al debido proceso comporta, desde el punto de vista material, la culminación de la acción con una decisión de fondo. Así ha señalado esta Corporación que:

> *"La vigencia de un Estado Social de Derecho impone la facultad jurisdiccional de tomar decisiones obligatorias, las cuales, para que sean aceptadas, deben adoptarse con fundamento en reglas que determinan cuales autoridades están autorizadas para tomar las decisiones obligatorias y cuales son los procedimientos para obtener una decisión judicial. Esas reglas son las que recogen un conjunto de actos procesales sucesivos y coordinados que integran unos principios fundantes y unos derechos fundamentales que hacen del debido proceso una verdadera garantía en el derecho. En efecto, el debido proceso es una institucionalización del principio de legalidad, del derecho de defensa, que se ha considerado por la Constitución (art. 29) como un derecho fundamental que se complementa con otros principios dispersos en la Carta fundamental, tales como artículos 12, 13, 28, 31, 228, 230. Y, uno de estos principios es el del Juez competente. En definitiva la protección al debido proceso tiene como núcleo esencial la de hacer valer ante los jueces los derechos e intereses de las personas, mediante la defensa contradictoria, y de obtener en fin, una respuesta fundada en derecho"*[81]

En este orden de ideas, se tiene que la prescripción no desconoce ese núcleo esencial, toda vez que su declaración tiene la virtualidad de culminar de manera definitiva un proceso, con efectos de cosa juzgada, contrariamente a lo que ocurre con los fallos inhibitorios, que no resuelven el asunto planteado y que dejan abierta la posibilidad para que se dé un nuevo pronunciamiento[82].

La declaratoria de prescripción contiene una respuesta definitiva fundada en derecho que pone fin a la acción iniciada.

3.2.3 Prescripción y cosa juzgada

Como parte de ese núcleo esencial del debido proceso, la cosa juzgada imprime certeza jurídica a las actuaciones judiciales y administrativas. Al respecto ha sido clara esta Corporación al señalar que

> *"El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado*

---

[81] Sentencia T-416/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero

[82] Ver al respecto la Sentencia C-666/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada"[83]

Así, dentro del proceso disciplinario, la prescripción señalada en los artículos 34 y 36 de la ley 2000 de 1995 permite tener certeza de que a partir de su declaratoria la acción disciplinaria iniciada deja de existir.

En este sentido, la necesidad de un equilibrio entre el poder sancionador del Estado, y el derecho del servidor público a no permanecer indefinidamente *sub judice* y el interés de la administración en ponerle límites a las investigaciones, de manera que no se prolonguen indefinidamente, justifica el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.

3.2.4 Prescripción e imprescriptibilidad de la sanción disciplinaria

Adicionalmente debe recordarse que en este campo la Constitución Política en el artículo 28 consagra el principio de la imprescriptibilidad de las penas, respecto del cual, en relación con la acción penal, esta Corporación recordó que:

"Respecto de la pena, el artículo 28 de la Constitución Política, en el último inciso se refirió a que en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en abstracto -prescripción del delito-, sino en concreto -prescripción de la pena-, y, por consiguiente, pone fin al proceso penal.

El Estado se encuentra en la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo la presunta comisión de un hecho punible. Este principio es parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Constitución Política.

Así, el principio de celeridad debe caracterizar los procesos penales. Ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.

Esta idea es reiterada por Eissen cuando afirma que ello "implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el

83 C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos".[84]

Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, viola el artículo 2º numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

Por tal razón, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991 es imposible pensar en interpretar en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena (...)"[85]*.*

En materia disciplinaria este principio resulta igualmente aplicable pues la potestad sancionadora de la administración debe ejercerse no solo dentro de los límites que le permitan cumplir a la sanción con su poder corrector, sino que no vulneren los principios que conforman el Estado social de derecho, a que alude la jurisprudencia reseñada y en particular la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Constitución Política.

De otro lado la Corte considera necesario señalar que no resultaría razonable que, aún con la anuencia de los interesados, la acción disciplinaria y la consecuente posibilidad de imponer sanciones, permaneciera suspendida en espera de una decisión determinada, toda vez que esta circunstancia generaría incertidumbre, congestión y parálisis de la función pública contrariando los principios de economía y celeridad (artículo 209 C.P.), que rigen la potestad disciplinaria, como función administrativa.

Así mismo, cabe recordar que como ha señalado esta Corporación "La firmeza de las decisiones es condición necesaria para la seguridad jurídica. Si los litigios concluyen definitivamente un día, y tanto las partes implicadas en él como el resto de la comunidad, tienen certeza de que a partir de ese momento la decisión judicial es inalterable, el proceso cumple un papel eficaz en la solución de los conflictos."[86]

3.2.5 Prescripción de la acción disciplinaria y presunción de inocencia del investigado

[84] EISSEN, Marc André. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Editorial Cuadernos Cívitas. Madrid. 1985. pág. 95.

[85] Sentencia C-176/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero

[86] Sentencia C-548/97 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Más allá de los elementos de certeza jurídica y cosa juzgada que están claramente involucrados, como ya se anotó, resulta esencial aclarar finalmente el alcance de la presunción de inocencia en estas circunstancias.

Al respecto la Corte indica que la declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria no contradice ni desconoce la presunción de inocencia, prevista en el artículo 29 de la Carta Política.

En efecto, sólo una decisión condenatoria puede desvirtuar esa presunción, y por ello en materia disciplinaria no se podrá endilgar al investigado una responsabilidad que no haya sido declarada legalmente.

El artículo 8 de la ley 200 de 1995[87] indica al respecto claramente que solo un fallo ejecutoriado puede contradecir la presunción de inocencia, que se impone durante todo el proceso disciplinario en sus diferentes fases, como sustento además del reconocimiento de la dignidad humana (art. 7 de la ley 200/95), el principio de legalidad (art. 4 de la ley 200/95) y el debido proceso garantizado en la ley (art. 5 de la ley 200/95).

En relación con este punto esta Corporación ya ha señalado que:

> *"El derecho fundamental que tiene toda persona a que se presuma su inocencia, mientras no haya sido declarada responsable, se encuentra consagrado en nuestro Ordenamiento constitucional en el artículo 29, en estos términos: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", lo que significa que nadie puede ser culpado de un hecho hasta tanto su culpabilidad no haya sido plenamente demostrada.*
>
> *Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador -disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado. (...)*
>
> *Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la Administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado.*

---

87 "artículo 8º **Presunción de inocencia**. El servidor público o el particular que ejerza función pública a quienes se atribuya una falta disciplinaria se presumen inocentes mientras no se declare legalmente su responsabilidad en fallo ejecutoriado"

Recuérdese que en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la Administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso; dependiendo de quien adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado. (...)"[88]..

Se concluye entonces que el servidor público en relación con el cual el acaecimiento de la prescripción ha provocado el fenecimiento de la acción disciplinaria mal puede considerar vulnerada su presunción de inocencia, la cual permanece incólume durante todo el procedimiento.

Con base en estos elementos y precisiones necesarias, entra la Corte en el examen de los cargos planteados por el demandante contra la norma atacada en relación con la violación de los derechos a la honra y al buen nombre (art. 15 y 21 C.P.).

4. La ausencia de violación de la Constitución por la norma demandada.

Como lo ha señalado esta Corporación, la sola iniciación de una investigación, de conformidad con las reglas establecidas para cada juicio (art. 29 C.P.), no puede ser calificada como amenaza o violación de los derechos fundamentales, pues de lo contrario se impediría sin justificación alguna que las autoridades ejercieran sus funciones de control, lo que consecuentemente traería la impunidad y la irresponsabilidad de quienes con sus conductas han infringido el ordenamiento jurídico (artículo 6 C.P.). En relación específicamente con los derechos a la honra y al buen nombre la Corte señalo al respecto que:

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de respetar y hacer respetar el derecho al buen nombre de las personas. Sin embargo, esta garantía, como todas las consagradas en la Carta, no es absoluta, pues encuentra límites en el interés social representado por las autoridades públicas, quienes, observando el ordenamiento jurídico, están facultadas para dar a conocer informaciones objetivas y veraces acerca del comportamiento de las personas que integran el conglomerado.

Cuando, en ejercicio de sus funciones, las autoridades públicas vinculan a una persona, en legal forma, a un proceso judicial o administrativo, quien resulta incurso en él carece de fundamento para reclamar violación del derecho al buen nombre, pues la organización estatal se encuentra legitimada para iniciar y llevar hasta su culminación los trámites que permitan establecer si el sindicado es responsable del comportamiento objeto de investigación.

88 Sentencia C-244/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Los derechos a la honra y al buen nombre no significan la posibilidad de evadir los procesos e investigaciones que, de conformidad con el sistema jurídico, pueden y deben iniciar las autoridades públicas cuando tienen noticia acerca de una posible infracción.

Bien se sabe que la sola circunstancia de la indagación no compromete ni define la licitud de la conducta del individuo y que tan sólo sobre la base de que aquélla culmine, de conformidad con la ley y habiendo sido garantizado el debido proceso, pueden desvirtuarse las presunciones de inocencia y buena fe.

Así las cosas, antes de llegar a la definición judicial o administrativa, cuando el proceso o actuación apenas se halla en curso, nadie afirma ni puede afirmar que haya responsabilidad del investigado, por lo cual éste no puede deducir de la sola iniciación del proceso el desconocimiento de sus derechos a la honra y al buen nombre.

Por lo anterior, considera la Sala que en este caso tales derechos no han sido quebrantados. Apenas acontece que contra el accionante se ha iniciado un proceso administrativo que puede concluir tanto en su condena como en su absolución"[89]*.*

La Corte retoma estos argumentos para señalar que si la iniciación de la acción disciplinaria no vulnera el derecho a la honra y el buen nombre del disciplinado, la culminación del proceso disciplinario por prescripción tampoco lo hace pues en todo momento la presunción de inocencia opera en su favor. Mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado el servidor público o el particular que ejerza función pública se presume inocente.

La prescripción de la acción una vez ha operado contiene una decisión definitiva con efectos de cosa juzgada que impide a la administración continuar o iniciar en relación con los mismos hechos una investigación disciplinaria (art. 11 ley 200/95).

Es en beneficio del investigado, dado su convencimiento en la legitimidad de su conducta, que la acción disciplinaria se reanuda por un año con el fin de permitirle obtener una decisión favorable respecto de su proceder, en relación con el cual la administración ya había perdido toda posibilidad de actuación. Cabe recordar que en este tiempo, como desde la iniciación del procedimiento respectivo, la presunción de inocencia se mantiene incólume

Ahora bien si las circunstancias que impidieron antes del término fijado por la ley para que opere la prescripción se mantienen y resulta imposible dentro del nuevo plazo proferir una decisión que absuelva o condene al servidor público, no cabe otra decisión procesal que la señalada en la norma. Resultaría contrario al principio de seguridad

---

89 Sentencia T414/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

jurídica dejar abierta y sin límite nuevamente la función punitiva del Estado y sin que de manera cierta se establezca un término, vencido el cual los efectos de cosa juzgada se concreten definitivamente.

Podría alegarse que dicho término puede resultar insuficiente en relación con el inicialmente fijado[90], o comparado con el establecido para la interrupción de la prescripción en materia penal[91]. Sin embargo la fijación de dicho término integra la libertad de configuración del legislador en tanto éste no resulte irrazonable ni desproporcionado y en todo caso debe mirarse dentro de los objetivos de la norma que nos son otros que la búsqueda de seguridad jurídica. Además, es importante tener en cuenta al respecto que la prescripción de la acción disciplinaria debe ser entendida como una sanción a la inercia administrativa, y correlativamente como medida de protección al procesado contra la señalada inactividad e ineficiencia de la autoridad investigadora, por lo que un plazo mayor tampoco resultaría razonable.

No debe olvidarse de otro lado que dentro del proceso disciplinario existen múltiples oportunidades en las que el investigado puede presentar o controvertir pruebas que confirmen su inocencia y que le permitan obtener el archivo del expediente en la fase de indagación preliminar (art. 140), o una decisión favorable en caso de que se decida la apertura de la investigación (art. 152 y ss de la ley 200 de 1995).

No debe olvidarse tampoco que dentro de los principios rectores del proceso disciplinario consagrados en el capítulo 1º de la ley 2000 de 1995 figura el artículo 6º, según el cual, en el proceso disciplinario toda duda razonable se resolverá a favor del disciplinado, cuando no haya modo de eliminarla.

Dentro del término de cinco años fijado por la ley como límite para que se desarrolle la acción disciplinaria, o dentro del año adicional a que alude la norma atacada, este principio debe aplicarse, si es del caso, en beneficio del servidor público.

No cabe sin embargo entender que la aplicación de esta figura pueda invocarse como elemento constitutivo de la prescripción, como lo pretende implícitamente el demandante, pues en el caso de la prescripción de la acción disciplinaria no se está frente a la existencia o no de una duda razonable, sino del transcurso del tiempo que hace que la acción punitiva del Estado fenezca.

La figura de la prescripción, como atrás se explicó obedece a principios y características específicas que son diferentes de las referidas al principio de *in dubio pro disciplinado* contenido en dicho artículo 6º. La prescripción ataca la acción disciplinaria, o más exactamente la potestad punitiva de la administración, y no los derechos del servidor público.

---

90 El artículo 34 de la ley 200 de 1995 fija el términos de 5 años para la prescripción de la acción disciplinaria.

91 El artículo 84 inciso segundo del Código Penal vigente señala que “interrumpida la prescripción , principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80 . En este caso el término no podrá ser inferior a cinco (5) años

No asiste por tanto razón al actor cuando pretende establecer una identidad necesaria entre prescripción y decisión absolutoria, como tampoco le asiste cuando pretende asimilar prescripción y decisión condenatoria, pues como ya se ha dicho la presunción de inocencia no resulta vulnerada, ni con la acción disciplinaria, ni con su fenecimiento a causa de la prescripción.

La norma acusada debe entenderse como una posibilidad adicional que se ofrece al servidor público para controvertir la acusación contenida en la decisión que inicia una investigación disciplinaria. Precisamente en consideración al derecho que asiste al servidor público para defender, si tal es su convencimiento, su derecho a la honra y al buen nombre, resulta legítimo que la ley establezca este nuevo plazo, que sin embargo no puede prorrogarse indefinidamente, aún con el consentimiento del servidor público interesado.

CAPITULO TERCERO

Prescripción de la sanción disciplinaria

Artículo 32. ***Término de prescripción de la sanción disciplinaria.*** La sanción disciplinaria prescribe en un término de cinco años, contados a partir de la ejecutoria del fallo.

Cuando la sanción impuesta fuere la destitución e inhabilidad general o la suspensión e inhabilidad especial, una vez cumplidas se producirá la rehabilitación en forma automática, salvo lo dispuesto en la Carta Política.

Jurisprudencia: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-948/02**. El aparte correspondiente se encuentra transcrito en seguida del artículo 46.

T I T U L O IV

DERECHOS, DEBERES, PROHIBICIONES, INCOMPATIBILIDADES, IMPEDIMENTOS, INHABILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES DEL SERVIDOR PÚBLICO

CAPITULO PRIMERO

Derechos

Artículo 33. *Derechos.* Además de los contemplados en la Constitución, la ley y los reglamentos, son derechos de todo servidor público:

1. Percibir puntualmente la remuneración fijada o convenida para el respectivo cargo o función.

2. Disfrutar de la seguridad social en la forma y condiciones previstas en la ley.

3. Recibir capacitación para el mejor desempeño de sus funciones.

4. Participar en todos los programas de bienestar social que para los servidores públicos y sus familiares establezca el Estado, tales como los de vivienda, educación, recreación, cultura, deporte y vacacionales.

5. Disfrutar de estímulos e incentivos conforme a las disposiciones legales o convencionales vigentes.

6. Obtener permisos y licencias en los casos previstos en la ley.

7. Recibir tratamiento cortés con arreglo a los principios básicos de las relaciones humanas.

8. Participar en concursos que le permitan obtener promociones dentro del servicio.

9. Obtener el reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones consagradas en los regímenes generales y especiales.

10. Los derechos consagrados en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, las ordenanzas, los acuerdos municipales, los reglamentos y manuales de funciones, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

CAPITULO SEGUNDO

Deberes

Artículo 34. *Deberes.* *Son deberes de todo servidor público:*

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las

ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

Doctrina: Comisión Especial Disciplinaria. Fallo de Primera instancia. Radicación Nº **009-46442-00**

CINTAS DE VIDEO - Naturaleza probatoria

CINTAS DE VIDEO - Transliteración

IMPRUDENCIA / **SERVIDOR PÚBLICO** - Prudencia que demanda el manejo de los derechos ajenos

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA - Obligación de comportarse con especial prudencia

IMPRUDENCIA - Valoración en derecho disciplinario

Antes de avanzar en torno a la valoración del contenido de las cintas de video, estima la Comisión necesario precisar la naturaleza probatoria de éstos. Sin duda las cintas de video tienen la naturaleza de prueba documental puesto que traen a la investigación la representación de hechos capaces de producir efectos dentro de la actuación. La calidad de documento que tienen las cintas de video no se adquiere por el hecho de que su contenido aparezca en un escrito, ya que la cinta (con las imágenes y sonidos que contiene) es en sí misma un documento que puede apreciarse directamente por el fallador y los sujetos procesales. Su valoración y sus efectos procesales no están sujetos a la trascripción de su contenido; correlativamente, la ausencia de trascripción de su contenido en nada degrada su aptitud probatoria. Ello es así, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico ha abandonado la tesis literalista en cuanto a la concepción del documento y ha acogido la tesis de la representatividad. Quiere ello decir que no solamente son documentos los escritos provenientes de autor conocido, sino todo sustrato material que contenga representaciones capaces de producir efectos probatorios.

Así, el registro de impulsos magnetofónicos, en esencia lo que es una cinta de video, tiene en sí mismo la naturaleza de documento, sin que para su apreciación, existencia o validez se requiera su transliteración. Antes, por el contrario, pretender derivar efectos probatorios de una cinta de video, a partir de la lectura de su trascripción, sería una

apreciación incompleta e inapropiada. La valoración del documento fílmico sólo podrá hacerse de manera completa observando directamente su contenido, el cual no es de una naturaleza tan especializada que requiera la participación de expertos en la materia, como si se tratara de valorar, por ejemplo, un documento contable, un plano arquitectónico o un electrocardiograma.

Así las cosas, debe la Comisión enfatizar que las conclusiones probatorias aquí expresadas, provienen de la apreciación directa de los documentos fílmicos, conforme lo exige su naturaleza.

Hechas las anteriores consideraciones, encuentra la Comisión, luego de analizar el contenido del documento fílmico en cuestión, que en él se observan apartes del desarrollo de la diligencia en los que el alcalde SILGADO POSADA explica el fundamento administrativo de la diligencia a la comunidad que se opone a la misma; razona el alcalde que en diversas oportunidades la diligencia se ha suspendido, pero que en esta oportunidad no puede dejar de cumplir con su obligación de restituir el uso público del espacio.

Se observa la oposición de hecho de numerosos miembros de la comunidad, quienes aducen la necesidad de la presencia del muro por motivos de seguridad; solicitan dialogar con el alcalde y forcejean con los integrantes de la Policía Nacional en su esfuerzo por evacuarlos del área del muro que posteriormente sería derribado.

Muestran las imágenes la presencia de una pareja de muchachos quienes se ubican en la parte superior del muro de aproximadamente 4 metros de altura con el fin de evitar su derribamiento; enseguida algunos miembros de la Policía Nacional intentan persuadirlos para descender del muro, mientras el brazo de la pala se moviliza y se acerca a escasa distancia de los ciudadanos que se muestran renuentes bajar del muro y de los miembros de la Policía que intentan dicha labor; se escucha al alcalde requerir a la joven para que descienda del lugar donde se encuentra, así como a los funcionarios de la Policía para que no la maltraten en el procedimiento.

Una vez la joven es retirada de la parte superior del muro por los miembros de la Policía, se escucha al alcalde SILGADO POSADA de frente al muro haciendo ademanes con su mano, diciendo:

"*… de aquel lado que no haya nadie, de aquel lado"*

Enseguida, sin solución de continuidad, gira dando la espalda al muro y agrega:

"Va, la pared p´al suelo"

Cerca de 20 segundos después la pala mecánica de la retroexcavadora es accionada y se ubica sobre el muro y con un movimiento hacia sí misma golpea la parte superior del muro, produciéndose una grieta de forma vertical y la caída inmediata de la pared.

Observa la Comisión que las expresiones del alcalde SILGADO POSADA son claras al expresar la intención de que se derribara el muro inmediatamente; si bien es cierto, sus primeras palabras denotaban indicación en el sentido que se despejara el costado opuesto del muro ("*… de aquel lado que no haya nadie, de aquel lado.")*, ellas no suponen un mandato en el sentido de que el muro fuera necesariamente derribado hacia ese lado, ya que no se expresan ideas en tal sentido.

Tal conclusión se corrobora con las palabras que pronuncia el alcalde enseguida: "V*a, la pared p´al suelo* ", expresión conclusiva que indica mandato de derribar el muro, sin especificar hacia cuál de sus costados; de hecho, las primeras palabras pronunciadas por el alcalde, advierten la necesidad de que el costado opuesto del muro, hacia donde no se tenía completa visibilidad, estuviera despejado, mas no deja entrever orden en el sentido que el muro tuviera necesariamente que ser derribado hacia ese lado. Ello resulta lógico, por cuanto a nadie escapa que la caída hacia un determinado costado de una pared de cerca de 4 metros de altura, no garantiza necesariamente que las personas ubicadas en el costado opuesto, no resulten afectadas: es previsible suponer, por reglas de experiencia, lógica y de sentido común, que, no obstante se intente derribar un muro de aproximadamente 4 metros de altura hacia un determinado costado, los escombros, durante su caída, pueden afectar indistintamente a quien se encuentra a uno u otro de sus costados.

Se reitera aquí lo dicho en el auto de cargos de noviembre 15 de 2000, en cuanto a que cualquier discusión sobre a cuál de los costados debió derribarse el muro resulta inocua, por cuanto el funcionario disciplinado bien estaba en posición de representarse, por sentido común y por su propia experiencia en asuntos similares, que el área que puede resultar afectada con ocasión del derribamiento de una obra resulta impredecible, de modo que le era exigible asegurarse, previamente a dar la orden, que la totalidad del área de influencia de la obra, incluyendo sus dos costados, estuviera efectivamente despejada.

En estas condiciones, es claro para la Comisión que la orden de despejar uno de los costados del muro, no hace referencia a que hacia tal costado debía derribarse el muro, sino a que el mismo debía estar despejado en momento en que se produjera su caída.

Pero no sólo esto, que es crucial, sino algo todavía de mayor trascendencia. Era preciso que se tuviera certeza de la inexistencia de personas, en cualquier lado, que pudieran resultar afectadas con la actuación oficial. No resulta necesario profundizar ahora respecto de los análisis de ponderación que todo servidor público debe ejecutar, cuando ha de cumplir sus funciones misionales, en punto a determinar o calcular los costos y los beneficios de sus actos, prever la posibilidad de daños a bienes constitucionales de igual o mayor significado y jerarquía, etc., de tal manera que cuando se llega al momento de concluir, todas esas valoraciones estén totalmente hechas y discernidas.

La prudencia que reclama la función pública, comporta deberes conexos de abstención cuando no es posible decidir con plena certeza si se afectan o no derechos

fundamentales de los administrados, que puedan derivarse del cumplimiento de las funciones propias del cargo. Sólo en el más irracional de los absolutismos, las órdenes del poder soberano deben cumplirse a rajatabla. Si algo dimana de la noción ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, es el protagonismo de la dignidad de la persona humana, como centro y razón de ser de toda actuación jurídica, lo que comporta como consecuencial el que haya de respetarse la misma, a ultranza, cuando la función pública pueda irrogar perjuicios irrazonables, desproporcionados o en todo caso excesivos. No es pues la legalidad misma, la que ya legitima la actuación; es preciso hacer valoraciones de oportunidad y conveniencia; de coherencia con la totalidad del sistema jurídico.

Siguiendo con el relato anterior, las palabras expresadas a continuación por el disciplinado, son claras en ordenar el derribamiento del muro, dando por hecho que el costado opuesto del muro se encontraba despejado. De acuerdo con su disposición anterior, procedió a ordenar el derribamiento, sin distinguir hacia cuál de sus costados, de conformidad con el conocimiento que el encargado de manipular la pala mecánica tuviera para llevara cabo dicha labor. Sin embargo, la orden en el sentido que se despejara el muro del costado opuesto, tenía por objeto retirar a las personas que aún pudieran encontrarse allí y que, independientemente de a qué lado cayera la pared, pudieran resultar afectados.

En estas condiciones no existió una expresión del alcalde que permitiera entender a los que allí se encontraban, que la pared necesariamente iba a caer específicamente hacia uno de sus costados, ya que las primeras palabras pronunciadas por el funcionario no iban en el sentido de comunicar tal circunstancia, sino sólo en el sentido de que las personas que se encontraban al otro lado fueran evacuadas ya que, independientemente del costado hacia el cual cayera la edificación, las personas ubicadas a cualquiera de sus costados, podrían resultar afectadas. No obstante, luego de creer erróneamente que ambos costados del muro estaban evacuados, dio la orden de que se procediera a su derribamiento.

He ahí uno de los mojones de la imprudencia, pues, resulta de la mayor relevancia dejar claro que al servidor público, en quien recae un cúmulo de deberes, **le es exigible un mayor grado de prudencia que al simple hombre de la calle**, cuando se encuentra en frente de la manipulación de derechos ajenos. En efecto, el ciudadano de a pie tiene genéricos deberes de actuación conforme a la norma de cuidado, en sus ámbitos de dominio, siéndole prohibido desarrollar actos (u omisiones) que puedan comprometer derechos ajenos; el servidor público, investido de autoridad y con potestad para recortar, restringir, limitar o reglar el contenido y límites de derechos fundamentales o actuar conforme a las reglamentaciones, al representar al Estado, **asume sus deberes misionales de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos** (Art. 2 C. Pol.). Por lo mismo puede postularse que su actuar, al representar el *imperium estatal* no sólo ha de estar animado por el cumplimiento de los fines propios del Estado sino que además **recae en él, un mayor grado de exigencia de cuidado en su actuar al interferir en órbitas ajenas por autorización legal**, pues, no sólo, no puede ir más

allá de lo autorizado por la regla, sino que además toda actuación suya debe exacerbar el cuidado y la prudencia que demanda el manejo de los derechos ajenos.

Existe certeza en cuanto a que el alcalde SILGADO POSADA asumió, como autoridad administrativa, la dirección de la diligencia; así lo reconoce el funcionario en su versión libre y en memorial de descargos. En consecuencia, al asumir tal función era su obligación sujetar la actuación desarrollada, a principios de diligencia, eficiencia, prudencia y razonabilidad, en atención a la protección debida a los derechos de las personas que, a través de acciones de hecho, se oponían al cumplimiento de la misma. Mayor cuidado y diligencia eran exigibles al funcionario, cuando era evidente la oposición de varios ciudadanos al desarrollo de la diligencia aún a través de la puesta en riesgo de su propia integridad.

Esto último, que también es claro en el informativo, antes que ser un freno para la actuación finalmente evidenciada, acicateó el ejercicio de la autoridad legítima, que ciertamente encarnaba el disciplinado, pero en lugar de moverlo a actuar con prudencia, incluso para cesar la diligencia y postergarla, prefirió su desarrollo a rajatabla, sin que las voces que demandaban audiencia, concertación y participación, fueran escuchadas; precisamente quien era llamado a realizar los valores constitucionales que entraña el Estado democrático-participativo, actuó con desdeño de tan altos principios, para simplemente realizar la autoridad sin tamices, sin reparar en que una pertinaz e incesante oposición, incluso por la vía de la fuerza, exteriorizada por los ciudadanos presentes, reclamaba de quien encarna la autoridad del Estado, mejores razones que el simple ejercicio de la misma, pues, entremedio existían razones de mayor peso, a saber, derechos fundamentales de mayor valía como la vida.

Ciertamente no se descarta la evidente imprudencia de numerosos ciudadanos al enfrentar la actuación legítima de miembros de la Policía Nacional y oponerse al derribamiento del muro; reitera la Comisión Especial, que no se encuentra en discusión la legitimidad de la procedibilidad de la diligencia ni la actuación dentro de ella de miembros de la Policía Nacional encaminada al éxito de la misma. Sin embargo, no obstante la actuación posiblemente imprudente de los ciudadanos, tal como se observa en los videos obtenidos, ella no alcanza a justificar la adopción deliberada, por parte del alcalde local SILGADO POSADA, de órdenes de cuyo cumplimiento claramente podía anticiparse un resultado antijurídico; antes, por el contrario, siendo evidente la oposición de los ciudadanos al desarrollo de la diligencia y la adopción, por parte de éstos, de comportamientos que ponían en riesgo su propia seguridad, mayor cuidado y ponderación eran exigibles al alcalde local, antes de ordenar de manera enfática y concluyente el derribamiento del muro.

Si bien es cierto que ante la presencia de autoridad pública y la existencia de un mandato legal para proceder a llevar a cabo cierta actuación, resulta exigible que los ciudadanos no incurran en actos encaminados a obstaculizar el desarrollo de la misma, **debe tenerse en cuenta que, evidenciado el incumplimiento de esa expectativa, mayor cuidado y diligencia está obligado a observar quien tiene a su cargo la conducción de la actividad desplegada en cumplimiento del mandato legal**.

Por lo anterior, a pesar de que eventualmente pudiera calificarse de imprudente el comportamiento de quienes de hecho se opusieron al desarrollo de la diligencia de restitución, no puede tal circunstancia convertirse en una situación que, bajo la figura jurídica del caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima, excluya la responsabilidad disciplinaria de quien estaba obligado a comportarse con especial prudencia.

Esto ha de reafirmarse, porque diferente es la valoración que a los efectos de verificar la existencia de imprudencia, se hace en el derecho penal y en el derecho disciplinario, pues, al paso que en el derecho penal la conformación del cuidado objetivamente exigido se hace sobre bases generales –pues es criterio general aunque no pacífico que los conocimientos especiales se ubican en el ámbito de la culpabilidad—en el derecho disciplinario la prudencia se mira desde el prisma de los deberes claramente discernidos y reglados que recaen en el servidor público, y en tal sentido el universo de lo que ha de conocerse se reduce y por ende la exigencia de conocimiento de aquellos –los deberes—se aumenta severamente, con la consustancial reducción de las posibilidades de error.

Doctrina: Viceprocurador General de la Nación. Auto de enero 18 de 2003. Radicación Nº **001-47054**.

> **FALTA DISCIPLINARIA** - No cumplir y no hacer cumplir la constitución / **CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA** - Prohibición de componendas con el elegido

“Dispone el numeral 10º del artículo 268 de la Constitución Política, con relación a las atribuciones del Contralor General de la República que:

“Se prohíbe a quienes tomen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho”

Con relación a la adecuación típica de la conducta, si bien la norma constitucional consagra una prohibición específica dirigida a los miembros de las corporaciones que intervengan en la postulación y elección del Contralor General, lo que interpretado literalmente implicaría que no comprende la conducta funcional del Contralor sino la de aquellos, o que la norma prohibitiva no subordina a este, ello jurídicamente no es así, como pasa a exponerse.

La finalidad del precepto constitucional busca impedir que los nombramientos que haga el Contralor resulten de las recomendaciones de los servidores que han intervenido (intervengan) en su postulación y elección, teleológicamente tiende a que no haya

componendas entre postulantes, electores y elegido, a través de la negociación de cargos a cambio del apoyo a que haya lugar, lo cual llevó al constituyente a que específicamente prohibiera dicha injerencia en el órgano de control fiscal por excelencia, descartándose por mandato supremo la posibilidad de encuadrarla en la permisión del artículo 283.8 de la Ley 5ª de 1992, cuando dispone que los congresista podrán por sí o por medio de apoderado "Adelantar acciones ante el gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes en sus circunscripciones electorales"., entre las cuales la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la del empleo, siempre que, como lo afirmó la Corte Constitucional al revisar la disposición en cita, esta actividad se circunscriba "a la satisfacción de necesidades de interés general", habida cuenta que en primer término la propia Carta es clara y expresa en cuanto a esas recomendaciones ante el Contralor y, de otra parte, la organización que del Estado hace la Constitución designa con el término gobierno, a la Rama Ejecutiva, mientras que la Contraloría se ubica dentro de los órganos de control, independientes y autónomos respecto de las ramas del poder público.

Así, si ese es el sentido, en esa relación intersubjetiva en la que participan los mencionados sujetos: postulantes, electores y elegido, para que no haya negociación no sólo una parte debe abstenerse de recomendar, sino que su contraparte, si se le hace un ofrecimiento ilícito, tampoco lo debe aceptar, porque de hacerlo estaría desconociendo la prohibición constitucional.

Pero además, debe resaltarse, que la posición de la prohibición dentro del artículo que da cuenta de las "atribuciones" del Contralor General de la Nación – artículo 268 de la Carta Política – es indicativa que la misma no le es ajena, puesto que si nada tuviera que ver con él la técnica legislativa obligaría a ubicarla en otro lugar.

Así las cosas, para que sea efectiva la prohibición y el ordenamiento legal opere en los dos extremos de esa relación intersubjetiva, se requiere no sólo que los miembros de dichas corporaciones se abstengan de hacerlas, sino también que en la interacción estatal de los distintos servidores públicos, en el caso específico el Contralor, cuando se le propongan las rechace y denuncie ante las autoridades a quienes hayan incurrido en la prohibición. Mas no como lo hizo el doctor Ossa Escobar, patrocinarlas previamente, como lo dijo Saade Vergel de que hubo acuerdos previos a la elección, luego acogerlas y nombrar con base en ellas".

Doctrina: Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Radicación Nº **21-77373-2002**.

FALTA DISCIPLINARIA - No cumplir y no hacer cumplir la ley / **PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA** / **LICITACIÓN** - Fraccionamiento de contratos

El actual Estatuto de Contratación “Ley 80 de 1.993”, traduce el querer del legislador en evitar por todos los medios la posibilidad de que la administración haga nugatorio el mandato de obligatoriedad de la licitación o procedimiento de escogencia objetiva del contratista, y así impedir que los contratos queden en cabeza de uno solo o pocos contratistas. Así las cosas, para empezar el análisis de la contratación adelantada por la Administración Municipal de Cúcuta, en cuanto al SUMINISTRO DE LOS EQUIPOS DE COMPUTO, es preciso señalar que debido a la naturaleza de su objeto, estos debieron adquirirse a un solo contratista en virtud de la celebración de un solo contrato, producto de un proceso de licitación.

Examinado el objeto de los contratos 0428, 0430, 0431, 0432, 0433, 0441 y 456, que reposan en los anexos 4 al 10 de las diligencias, suscritos entre el 2, 9 y 10 de diciembre de 1.998 por el Sr. JOSÉ ANTONIO GELVEZ ALBARRACIN, en su condición de Alcalde Municipal de Cúcuta, con las firmas COMPUWEB STORE LTDA, COMPUEQUIPOS LTDA, COMPUEQUIPOS LTDA, COMERCIALIZADORA CERS, COMPUEQUIPOS LTDA, SUMING LTDA y MATERIALES Y SUMINISTRO DANI’S, en su orden; se advierte que estos consistieron en la adquisición de computadores marca DTK, modelo parí 82 series y otros accesorios como Scanner, Impresora, Estabilizador y mesa de computador. Bienes muebles que si bien es cierto se adquirieron con el fin de ser destinados a distintos establecimientos de educación pública, ello no impedía la celebración de la licitación correspondiente, como quiera que un solo contratista seleccionado objetivamente podía suministrarlos. Prueba de ello es que tres (3) de los contratos en cuestión fueron celebrados con una sola firma, COMPUEQUIPOS LTDA, a quien se le adquirieron los mismos equipos que a las demás, lo cual significa que por tratarse de la misma especie, cualquier empresa debidamente estructurada y organizada, tenia las condiciones de suministrar todos los equipos requeridos, siendo por consiguiente de obligatorio cumplimiento adelantar el proceso licitatorio, porque el valor total supero el tope de la menor cuantía. Bajo estos parámetros no era posible dejar en cabeza de uno o varios contratistas los diferentes contratos con el mismo objeto, pues mediante el fraccionamiento de contratos se elude el proceso licitatorio, lo que constituye favorecimiento indebido, en la forma en que antes quedó expuesto.

Para el efecto, resulta conveniente traer a colación apartes de la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 3 de octubre de 2000, Radicación No AC- 10529 y AC-10968, en su parte pertinente que dice : “Se observa que para la adquisición de medallas y condecoraciones, es decir con el mismo objeto, el Presidente de la Cámara de Representantes celebró en el año de 1999, en un periodo corto -entre el 15 de marzo y el 19 de julio- tres contratos con una misma persona -la Señora Beatriz Helena Rodríguez Gutiérrez- por valor de $247.197.740. Esto evidencia el fraccionamiento de los contratos, figura que se encontraba expresamente prohibida en el artículo 56 del Decreto 222 de 1983 y que ahora lo está implícitamente en la Ley 80 de 1993, en cuanto ésta, en virtud del principio de transparencia de la contratación estatal, dispone en su artículo 24 que, por regla general, la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los casos que menciona en los que se podrá celebrar directamente. Ese procedimiento impidió la convocatoria de licitación pública para celebrar un solo contrato, pues dada la cuantía

de esos tres contratos, según esa norma, no se presentaba la excepción para contratar directamente. Y ese fraccionamiento también condujo a la indebida destinación de dineros públicos, pues de esa manera se favoreció con la contratación directa a una persona que pudo o no resultar beneficiada, si de acuerdo con la ley, se hubiera celebrado la licitación pública".

Idéntica situación se predica respecto de los contratos relacionados con el SUMINISTRO DE MATERIALES PARA CONSTRUCCIÓN, MANTENIMIENTO Y AMPLIACIÓN DE ESCUELAS, en los cuales el objeto fue semejante por cuanto los bienes adquiridos consistieron para todos los casos, en cemento gris de 50 Kg., arena lavada, triturado de primera, hierro, alambre, tejas, pintura, enchapes y en general todos los elementos de construcción necesarios para hacer los trabajos correspondientes en los distintos establecimientos educativos.

Los contratos firmados para el efecto consistieron en los siguientes: El 436 del 11 de diciembre de 1.998 firmado con Fernando Trujillo Meneses por valor de $ 7'269.200 (anexo 38). El 499 suscrito el 15 de diciembre de 1.998 con Agustín González Barragán, pro valor de $ 14'899.205 (anexo 39). El 513 celebrado con Libardo Martínez López el 15 de diciembre de 1.998, por valor de $ 9'999.970 (anexo 40). El 0521 suscrito con Soluey Labarca Rodríguez el 18 de diciembre de 1.998, por la suma de $ 37'258.251.60 (anexo 41). El 523 firmado con Yesid Mendoza Bermúdez el 15 de diciembre de 1.998, por valor de $ 14'991.387 (anexo 42) y el 0542 celebrado con Ernesto Rico Osorio el 18 de diciembre de 1.998, por la suma de $ 20'108.887 (anexo 43)

La suma total de los contratos referidos ascendió a $ 104'526.900; cifra que supero el tope de la menor cuantía permitida para celebrarlos en forma directa, como quiera que los bienes fueron adquiridos a unos depósitos que precisamente se encargan de distribuir esta clase de materiales de construcción. Distinto es que cada elemento en particular se hubiese comprado a cada fabricante por aparte, como por ejemplo el cemento, la arena lavada, el hierro, los baldosines, etc., caso en los que, si el valor no era superior al de menor cuantía les era viable realizar la contratación directa.

Por lo anteriormente expuesto, no acoge el Despacho las exculpaciones brindadas por el implicado a través de su apoderado, porque el requisito imperativo de la licitación no puede estar sujeto al rubro apropiado a cada gasto en particular, porque si bien es cierto los computadores y los materiales de construcción tuvieron destinos diferentes, los establecimientos educativos de la municipalidad de Cúcuta, no menos lo es que cada rubro corresponde a un mismo programa de inversión y la totalidad de los dineros por concepto de los contratos de compraventa en mención se cancelaron con un único presupuesto, el correspondiente a la vigencia del año 1.998 del municipio de Cúcuta. Por esta sencilla razón es que la misma ley 80/93 en forma clara y expresa prevé en su articulo 24 numeral 1 literal a), que por menor cuantía se entenderá los valores determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales (negrilla fuera de texto). De manera que si otro hubiera sido el sentido de esta norma, se habría

señalado como excepción el que cada partida estuviera detallada a un destino especifico, físico y presupuestal.

De otra parte, tampoco es admisible el hecho que los recursos utilizados en la contratación correspondían a transferencias de la nación, los cuales fueron girados a finales del mes de noviembre de 1.998, por lo que era imposible en tan corto tiempo adelantar un proceso licitatorio; toda vez que estos dineros estaban incorporados desde el inicio en el presupuesto de Rentas, Recursos de Capital y Gastos del municipio de Cúcuta, para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 1.998, tal y como consta en el documento visible en el anexo No 1, de tal suerte que contando con ello se podía en cualquier momento expedir el certificado de disponibilidad presupuestal y proceder en consecuencia a efectuar el tramite licitatorio, sin esperar a que se recibieran efectivamente los recursos; con la salvedad que las obligaciones generadas del respectivo contrato debían sujetarse al P.A.C., esto es, que los pagos tenían que subordinarse para la fecha en que el ente territorial tuviera liquidez, en el que realmente recibiera los dineros comprometidos.

De los lineamientos que anteceden es claro para el Despacho, que la conducta en que incurrió el burgomaestre GELVEZ ALBARRACIN, es violatoria del deber que tiene todo servidor público de respetar y hacer cumplir la Constitución y la Ley, previsto en el Art. 40 Num. 1 de la Ley 200/95, al no acatar la disposición de orden contractual que ordena que la selección del contratista será objetiva, sin tener en consideración, entre otras cosas, cualquier clase de motivación subjetiva, contemplado en el Art. 29 de la Ley 80/93. Razón por la que debió adelantar el proceso licitatorio previsto en el Art. 30 de la Ley 80/93, en cumplimiento de lo ordenado en el Art. 24 ibídem, debido a que la suma total de los contratos supero el limite de la menor cuantía permitida para contratar directamente en la compra de los computadores y otros accesorios con destino a los siguientes Colegios: Municipal Andrés Bello (cto 433), Rafael García Herreros Palmarito (cto 356), Fray Manuel Álvarez del corregimiento de San Faustino (cto 441), “INEM” José Eusebio Caro (cto 430), Pablo Correa León (cto 431), Municipal Concejo de Cúcuta (cto 432) y las escuelas públicas de la comuna 9 de los barrios : Pueblo Nuevo Carora, los Alpes, Loma de Bolívar, San Miguel, Cundinamarca, Belén, Rudesindo Soto, Divina Pastora y Barrio Nuevo.

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

3. Formular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público.

4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.

5. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, e impedir o evitar la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos.

6. Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio.

7. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos a adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, y atender los requerimientos y citaciones de las autoridades competentes.

8. Desempeñar el empleo, cargo o función sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones legales y convencionales cuando a ellas tenga derecho.

9. Acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo.

10. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, responder por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados.

Jurisprudencia: El texto subrayado corresponde en similar sentido al aparte subrayado del numeral 10 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995 que fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, solamente por el cargo analizado, mediante sentencia **C-728/00**.

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO / RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA - Independencia entre la del superior y el subordinado

Afirma el actor que la disposición acusada establece que “los servidores públicos, en los eventos en los que impartan órdenes, son responsables cuando los subordinados incurran en alguna conducta sancionable disciplinariamente.” Estima que si bien es lógico que los servidores públicos “deben ser responsables por la debida ejecución de

las órdenes que impartan, ello no significa que deban ser siempre responsables cuando sus subalternos incurran en alguna falta disciplinaria en ejercicio de tales órdenes."

Por lo tanto, considera que el aparte demandado establece una modalidad de responsabilidad objetiva, que está prohibida para determinar cualquier especie de responsabilidad. Ello le permite concluir que el texto acusado vulnera los principios del debido proceso y de la presunción de inocencia consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

(…)

2. El demandante acusa únicamente la expresión "por la que corresponda a sus subordinados", contenida en el numeral 10 del artículo 40 de la ley 200 de 1995. Esta frase no constituye, sin embargo, una proposición jurídica completa. Por esta razón, el estudio de la Corte se hará sobre la expresión "así como la ejecución de las órdenes que puedan impartir, sin que en este caso queden exentos de la responsabilidad que les incumba por la que corresponda a sus subordinados."

Análisis de la norma

3. El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho considera que la norma acusada es constitucional, por cuanto ella constituye una manifestación de la facultad constitucional del Congreso de reglamentar la institución de la delegación. Al respecto señala que el artículo 211 de la Constitución determina que la ley "fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades."

Con todo, la norma demandada no se refiere a las situaciones que pueden derivarse del uso de la figura administrativa de la delegación, sino a las que pueden surgir de la expedición de una orden a los subordinados. Obsérvese que en el precepto el aparte atinente a las responsabilidades compartidas con los subalternos está relacionado directamente con aquél que señala que los servidores públicos deben responder por las órdenes que puedan impartir. Por eso, no considera esta Corporación que sea necesario referirse al asunto de la delegación para la resolución de la demanda.

En efecto, una lectura cuidadosa del numeral 10 del artículo 40 del CDU permite determinar que éste estipula tres deberes a cargo de los servidores públicos y una aclaración en cuanto al tercero de los deberes señalados. El primer deber sería el de realizar personalmente las tareas que les sean encomendadas; el segundo, el de responder por el uso de la autoridad que se les delegue; y el tercero, el de responder por la ejecución de las órdenes que puedan impartir. Para esta última obligación, el artículo contempla una aclaración, cual es la de que el hecho de que el subordinado al cual se le impartió una orden resulte responsable por la ejecución de la misma, no exonera de responsabilidad al superior jerárquico que la impartió. Esta aclaración es la que considera el actor que constituye una vulneración del derecho al debido proceso.

4. La Corte concuerda con el Ministerio Público en la afirmación acerca de que lo que se persigue con el aparte acusado es advertir que son independientes las responsabilidades disciplinarias del superior jerárquico y el subordinado en relación con las consecuencias que se deriven de la ejecución de una orden impartida por el primero. En otras palabras, lo que se pretende con el aparte demandado es permitir que, cuando ocurra una falta disciplinaria, la entidad disciplinaria conserve la facultad de ejercer su poder punitivo contra la persona que, de acuerdo con los resultados de la respectiva investigación, resulte responsable de la misma, independientemente de si el funcionario cuestionado es el subordinado "autor material de la misma" o el superior que impartió la orden de ejecutar la acción bajo investigación. Así, con esta norma el legislador reconoce la posibilidad de que detrás de la falta de un funcionario se encuentre también la responsabilidad de su superior, y que éste pueda ser también llamado a rendir cuentas y ser sancionado por la entidad disciplinaria.

5. Igualmente, la Corte comparte el concepto de la Vista Fiscal acerca de que la demanda parte de una interpretación equivocada, no sistemática, de la norma demandada. El artículo 14 del C.D.U. prescribe muy claramente que "[e]n materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa." Asimismo, el artículo 18 preceptúa que "[e]n la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores que determinan este Código, la Constitución Política y las normas de los Códigos Penal, Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo."

Dado que el artículo 14 del CDU hace parte del Capítulo Único del Título I del Código, apartes ambos que se ocupan de los principios rectores de la actividad disciplinaria, y que en el texto constitucional y en los ordenamientos penales se excluye la responsabilidad objetiva, es evidente, entonces, que en los procesos disciplinarios no puede tener lugar este tipo de responsabilidad. Además, esto ha sido señalado reiteradamente por la Corte, al precisar que el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, razón por la cual se le aplican, *mutatis mutandi*, los principios del derecho penal.[92]

De otra parte, el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias sólo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso - con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y de que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado.

Por lo tanto, es claro que no tiene ningún asidero la interpretación que el demandante hace de la norma acusada. Ello conduce a esta Corporación a declarar la constitucionalidad del aparte atacado. Sin embargo, dado que el análisis realizado se ha restringido a la acusación del actor, esta declaración se restringirá al cargo que le fuera formulado por el mismo.

---

[92] Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1992, C-195 de 1993, C-280 de 1996, C-306 de 1996 y C-310 de 1997.

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

12. Resolver los asuntos en el orden en que hayan ingresado al despacho, salvo prelación legal o urgencia manifiesta.

13. Motivar las decisiones que lo requieran, de conformidad con la ley.

14. Registrar en la oficina de recursos humanos, o en la que haga sus veces, su domicilio o dirección de residencia y teléfono, y dar aviso oportuno de cualquier cambio.

15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

16. Permitir a los representantes del Ministerio Público, fiscales, jueces y demás autoridades competentes el acceso inmediato a los lugares donde deban adelantar sus actuaciones e investigaciones y el examen de los libros de registro, documentos y diligencias correspondientes. Así mismo, prestarles la colaboración necesaria para el desempeño de sus funciones.

17. Permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo, salvo autorización legal, reglamentaria, o de quien deba proveer el cargo.

18. Hacer los descuentos conforme a la ley o a las órdenes de autoridad judicial y girar en el término que señale la ley o la autoridad judicial los dineros correspondientes.

19. Dictar los reglamentos o manuales de funciones de la entidad, así como los internos sobre el trámite del derecho de petición.

20. Calificar a los funcionarios o empleados en la oportunidad y condiciones previstas por la ley o el reglamento.

21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

22. Responder por la conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización.

23. Explicar inmediata y satisfactoriamente al nominador, a la Procuraduría General de la Nación o a la personería, cuando estos lo requieran, la procedencia del incremento patrimonial obtenido durante el ejercicio del cargo, función o servicio.

24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.

25. Poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar el funcionamiento de la administración y proponer las iniciativas que estime útiles para el mejoramiento del servicio.

26. Publicar en las dependencias de la respectiva entidad, en sitio visible, una vez por mes, en lenguaje sencillo y accesible al ciudadano común, una lista de las licitaciones declaradas desiertas y de los contratos adjudicados, que incluirá el objeto y valor de los mismos y el nombre del adjudicatario.

27. Hacer las apropiaciones en los presupuestos y girar directamente a las contralorías departamentales y municipales, como a la Contraloría General de la República y las Personerías Municipales y Distritales dentro del término legal, las partidas por concepto de la cuota de vigilancia fiscal, siempre y cuando lo permita el flujo de caja.

28. Controlar el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por los particulares cuando se les atribuyan funciones públicas.

29. Ordenar, en su condición de jefe inmediato, adelantar el trámite de jurisdicción coactiva en la respectiva entidad, para el cobro de la sanción de multa, cuando el pago no se hubiere efectuado oportunamente.

30. Ejercer, dentro de los términos legales, la jurisdicción coactiva para el cobro de las sanciones de multa.

31. Adoptar el Sistema de Control Interno y la función independiente de Auditoría Interna que trata la Ley 87 de 1993 y demás normas que la modifiquen o complementen.

32. Implementar el Control Interno Disciplinario al más alto nivel jerárquico del organismo o entidad pública, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia, de acuerdo con las

recomendaciones que para el efecto señale el Departamento Administrativo de la Función Pública, a más tardar para la fecha en que entre en vigencia el presente código, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto.

33. Adoptar el Sistema de Contabilidad Pública y el Sistema Integrado de Información Financiera SIIF, así como los demás sistemas de información a que se encuentre obligada la administración pública, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto.

34. Recibir, tramitar y resolver las quejas y denuncias que presenten los ciudadanos en ejercicio de la vigilancia de la función administrativa del Estado.

35. Ofrecer garantías a los servidores públicos o a los particulares que denuncien acciones u omisiones antijurídicas de los superiores, subalternos o particulares que administren recursos públicos o ejerzan funciones públicas.

Parágrafo transitorio. El Presidente de la República, dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de esta ley, reglamentará la materia.

36. Publicar mensualmente en las dependencias de la respectiva entidad, en lugar visible y público, los informes de gestión, resultados, financieros y contables que se determinen por autoridad competente, para efectos del control social de que trata la Ley 489 de 1998 y demás normas vigentes.

37. Crear y facilitar la operación de mecanismos de recepción y emisión permanente de información a la ciudadanía, que faciliten a esta el conocimiento periódico de la actuación administrativa, los informes de gestión y los más importantes proyectos a desarrollar.

38. Actuar con imparcialidad, asegurando y garantizando los derechos de todas las personas, sin ningún género de discriminación, respetando el orden de inscripción, ingreso de solicitudes y peticiones ciudadanas, acatando los términos de ley.

39. Acatar y poner en práctica los mecanismos que se diseñen para facilitar la participación de la comunidad en la planeación del desarrollo, la concertación y la toma de decisiones en la gestión administrativa de acuerdo a lo preceptuado en la ley.

40. Capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función.

CAPITULO TERCERO

Prohibiciones

Artículo 35. ***Prohibiciones.*** A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

2. Imponer a otro servidor público trabajos ajenos a sus funciones o impedirle el cumplimiento de sus deberes.

3. Solicitar, directa o indirectamente, dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier otra clase de beneficios.

4. Aceptar, sin permiso de la autoridad correspondiente, cargos, honores o recompensas provenientes de organismos internacionales o gobiernos extranjeros, o celebrar contratos con estos, sin previa autorización del Gobierno.

5. Ocupar o tomar indebidamente oficinas o edificios públicos.

6. Ejecutar actos de violencia contra superiores, subalternos o compañeros de trabajo, demás servidores públicos o injuriarlos o calumniarlos.

7. Omitir, negar, retardar o entrabar el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado.

8. Omitir, retardar o no suministrar debida y oportuna respuesta a las peticiones respetuosas de los particulares o a solicitudes de las autoridades, así como retenerlas o enviarlas a destinatario diferente de aquel a quien corresponda su conocimiento.

9. Ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres.

10. Constituirse en acreedor o deudor de alguna persona interesada directa o indirectamente en los asuntos a su cargo, de sus representantes o apoderados, de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o de su cónyuge o compañero o compañera permanente.

11. Incumplir de manera reiterada e injustificada obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia impuestas en decisiones judiciales ~~o administrativas~~ o admitidas en diligencia de conciliación.

Jurisprudencia: Numeral declarado EXEQUIBLE, salvo el texto tachado declarado INEXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-949/02**.

> **FALTA DISCIPLINARIA** - Incumplimiento reiterado de decisiones administrativas

2. Constitucionalidad del artículo 35, numeral 11, de la Ley 734 de 2002

2.1. El ciudadano demandante acusa el artículo 35, numeral 11, de la Ley 734 de 2002, por considerar que dicha disposición vulnera la Constitución Política, al confundir dos campos de la actividad de la persona, por cuanto permite que se sancione disciplinariamente al servidor público por conductas que son del resorte de su órbita privada, y no por conductas atribuibles al ejercicio de sus funciones, con lo cual se desconoce que el incumplimiento de las propias obligaciones tiene en el sistema jurídico su respectiva sanción, sin que exista la necesidad de añadir a ella la creación de una falta disciplinaria, pues ello resulta completamente desproporcionado.

2.2. El artículo 35, numeral 11, de la Ley 734 de 2002 *"Por la cual se expide el Código Disciplinario Único"*, establece como prohibición a todo servidor público *"Incumplir de manera reiterada e injustificada obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia impuestas en decisiones judiciales o administrativas o admitidas en diligencia de conciliación".*

La Ley 200 de 1995, derogada por la Ley 734 de 2002, consagraba en el artículo 41, numeral 13, dentro de las prohibiciones a los servidores públicos *"El reiterado e injustificado incumplimiento de sus obligaciones civiles, laborales, comerciales y de familia, salvo que medie solicitud judicial".* Esta disposición fue demandada en acción pública de inconstitucionalidad, siendo declarada su exequibilidad bajo el entendido *"de que la investigación disciplinaria acerca de reiterado e injustificado incumplimiento de las obligaciones del servidor público sólo podrá iniciarse con base en sentencias proferidas por las respectivas jurisdicciones, en las que se declare que un servidor público ha incumplido sus obligaciones".* (Sent. C-728 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Como lo señala el Ministerio Público, con fundamento en la citada providencia, el Congreso de la República al expedir la Ley 734 de 2002 que derogó la Ley 200 de 1995, contempló la misma disposición pero incorporando la condición establecida por el

Tribunal Constitucional, es decir, elevó a rango legal la condición impuesta en la sentencia C-728 de 2000, en el sentido de que la investigación disciplinaria que se adelante contra un servidor público por incurrir en incumplimiento reiterado e injustificado de sus obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia, solamente se podrá iniciar con base en sentencias proferidas por las respectivas jurisdicciones *"en las que se declare que el funcionario no ha dado cumplimiento oportuno a sus obligaciones legales".*

En la mencionada sentencia, la Corte Constitucional antes de determinar si el artículo 41, numeral 13, de la Ley 200 de 1995, resultaba ajustado a la Constitución, aclara de entrada, que la prohibición contenida en la norma no se refiere al incumplimiento ocasional de una obligación por parte del servidor público, sino a la reiterada e injustificada omisión del servidor público, de sus compromisos privados. Además, puntualizó la Corte que *"evidentemente, las obligaciones a las que hace referencia la norma no pueden ser obligaciones de tipo moral, puesto que ello vulneraría de manera palmaria el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que faculta a cada persona para establecer un plan o modelo de vida propia".*

Así las cosas, la sentencia C-728 de 2000, al analizar la finalidad y proporcionalidad de la norma expresó:

> *"El fin de la norma bajo examen es el de garantizar que los servidores públicos respondan al modelo del ciudadano cumplidor de sus obligaciones legales y que no lesionen la imagen pública del Estado. Detrás de este objetivo pueden encontrarse varias razones: por un lado, que los funcionarios son la representación más visible del Estado y se espera que sus actuaciones concuerden con las visiones que se proponen acerca de la colectividad política y del papel de cada uno de los asociados dentro de ella; por otro lado, que los servidores públicos son los encargados de realizar las actividades estatales en beneficio de los ciudadanos y que, en consecuencia, deben brindar con su vida personal garantía de que en el desarrollo de sus labores responderán a los intereses generales de la comunidad; de otra parte, que, en la medida de lo posible, los servidores públicos estén liberados de los inconvenientes y los trastornos que generan las continuas reyertas y desavenencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones privadas, de manera que puedan dedicarse de lleno a sus labores y que no involucren a las entidades estatales en esos conflictos; y, finalmente, que los funcionarios no se amparen en su calidad de servidores del Estado para cometer desafueros, bajo el entendido de que su condición infunde temor en los afectados por sus decisiones.*
>
> *(...)*
>
> *Pero, además, cabe aclarar que lo que se sancionaría disciplinariamente no sería el incumplimiento de una determinada obligación civil, comercial, laboral o de familia, sino la sistemática vulneración del orden jurídico por parte de un servidor público. Es decir, no se trataría de castigar incumplimientos determinados, sino la*

actitud de un funcionario de trasgresión metódica del ordenamiento. En un momento dado, la acumulación de incumplimientos de las obligaciones legales por parte de un servidor público adquiere una entidad, una sustancia propia, distinta de la de cada uno de los hechos que configuran esa invariable actitud de desacato a las normas jurídicas. Es precisamente esa conducta autónoma y propia la que podría llegar a ser sancionada...

El Estado establece un orden jurídico y los servidores públicos son los principales encargados de que impere en la vida social. Los funcionarios deben, entonces, velar por la aplicación y el cumplimiento de las normas constitucionales y legales. Si ello es así, sufre gran mengua la imagen y legitimidad del Estado, cuando algún servidor público se convierte en un violador impenitente del orden jurídico. Esa conducta atenta contra el buen nombre de la actividad estatal y contra el interés de todo Estado democrático participativo de generar con los ciudadanos una relación de cercanía y confianza.

Ahora bien, analizado el principio de proporcionalidad, porque en esa ocasión como en la presente, los demandantes consideraron la norma injusta, desproporcionada y alejada de los intereses legítimos del Estado, esta Corporación precisó:

"Frecuentemente, la dificultad en la aplicación del test de proporcionalidad se presenta en los pasos en los que se indaga acerca de la necesidad de la norma y de su estricta proporcionalidad...A primera vista podría plantearse que la norma no es necesaria porque el servidor público que no es respetuoso de sus obligaciones legales bien puede ser demandado ante las jurisdicciones en las que se debaten los respectivos incumplimientos. Si ello es así, el funcionario público que no honra sus compromisos bien puede ser condenado dentro de los procesos que se instauren ante las jurisdicciones civil, laboral, comercial o de familia. Sin embargo, esta objeción no responde al interés de la norma acusada, cual es el de velar por que los servidores del Estado respondan a un modelo de ciudadano que observa cumplidamente las normas jurídicas. Las condenas en las otras jurisdicciones no aportarían nada a este objetivo. Por el contrario, podrían generar inquietud en los ciudadanos acerca de la moralidad de los servidores públicos y de lo que se puede esperar de las entidades estatales en las que laboran individuos que incumplen sistemáticamente sus obligaciones legales.

De la misma manera, en relación con el interrogante acerca de la estricta proporcionalidad de la norma podría decirse que ella interfiere de manera excesiva sobre distintos derechos de los ciudadanos que se desempeñen como servidores públicos. En efecto, el precepto estaría imponiendo pautas de comportamiento a estos servidores, que no están en relación directa con su función laboral. La Corte considera que esta objeción sería de recibo si la norma impusiera reglas morales sobre los funcionarios, que afectaran su propio e íntimo plan de vida. Pero no es ese el caso...Lo que ella hace merecedor de sanción es el incumplimiento reiterado e injustificado de las obligaciones. No se trata entonces de sancionar al servidor que alguna vez incumple sus compromisos legales, sin tener ninguna

justificación para su conducta. Obsérvese que si bien el fin de la norma es lograr que los servidores públicos se orienten hacia el modelo del buen ciudadano, no exige que sean siempre y en toda ocasión –sin miramiento alguno- cumplidos con sus obligaciones, sino que no sean descaradamente irrespetuosos con sus obligaciones legales. Así, pues, el servidor público que podría llegar a ser sancionado por la incursión en esta prohibición sería aquel que es contumaz en su conducta, indiferente ante los perjuicios que le causa a los demás particulares a los que les incumple los compromisos y ante el daño que genera para la imagen de las instituciones estatales. Por lo tanto, cabe concluir que la norma demandada no constituye una interferencia exorbitante en la esfera privada de los servidores públicos, y que las restricciones que se derivan de ella están en armonía con el beneficio que se espera lograr.

Finalmente considero la Corporación que *"es importante precisar que el objetivo de la prohibición es, en primera instancia, evitar el perjuicio que genera para las instituciones estatales el contar entre sus colaboradores con servidores incorregiblemente quebrantadores del ordenamiento jurídico. Por eso, no puede entenderse que sea contraproducente e irrazonable el que como consecuencia de una sanción por el incumplimiento de obligaciones resulten algunos intereses particulares perjudicados, pues dentro del marco de su libertad de configuración normativa, el legislador puede, dentro de ciertos límites, anteponer el bien público –en este caso sancionar al servidor que perjudica la imagen de las entidades estatales- a los intereses particulares de distintas personas. Además, en el caso de las obligaciones civiles, comerciales y laborales las personas que realizan transacciones o acuerdos conocen que siempre existe un riesgo en este tipo de actividades, que se puede cristalizar en el hecho de que la contraparte incumpla sus obligaciones. Y para obtener el respeto de las mismas, y de las obligaciones familiares, la legislación ha fijado distintos procedimientos y autoridades, a los cuales pueden acudir los afectados".*

3. Analizadas tanto la norma acusada como lo expresado por la Corte en la sentencia C-728 de 2000, en relación con el artículo 41, numeral 13 de la Ley 200 de 1995, se encuentra por la Corte que el legislador, al expedir el artículo 35, numeral 11, de la Ley 734 de 2002, ahora demandado, no hizo cosa distinta a la de incluir en el texto normativo nuevo, el condicionamiento expresado que para declarar la constitucionalidad del artículo 41, numeral 13 de la Ley 200 de 1995, introdujo la Corte en la sentencia aludida, dentro del cual incluyó las obligaciones *"admitidas en diligencia de conciliación"*, lo que resulta igualmente acorde con la Constitución, pues la conciliación surte efectos de cosa juzgada.

4. El artículo 35 de la Ley 734 de 2002, incluye también como prohibición a los servidores públicos el incumplimiento de manera reiterada e injustificada de las obligaciones impuestas en decisiones administrativas.

Al respecto, se observa por la Corte que tales decisiones pueden ser objeto de controversia judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, por lo cual son

diferentes al incumplimiento reiterado e injustificado de decisiones judiciales, asunto este sobre el cual, como ya se dijo, si existe cosa juzgada material.

Ahora, tratándose de decisiones administrativas que impongan obligaciones a los servidores públicos, es claro que ellas a pesar de que gozan de la presunción de legalidad, pueden ser objeto impugnación por la vía gubernativa y de controversia ante la jurisdicción competente, e incluso de suspensión provisional, razón esta por la cual, aparece como desproporcionado erigir su incumplimiento en una falta por violación de una prohibición por parte del servidor público, pues decisiones administrativas en ese sentido pueden ser proferidas por las más diversas autoridades y de esa manera se pondría en serio peligro la continuidad del servidor en la administración pública, lo que resulta contrario al artículo 6 de la Carta. Desde luego, la decisión de la Corte no significa una autorización al desconocimiento de decisiones administrativas proferidas por las autoridades correspondientes; lo que sucede es que se deja la posibilidad de que ellas sean controvertidas tanto en la vía gubernativa como ante la jurisdicción administrativa conforme a la Constitución y a la ley. De esta suerte, si quedan en firme luego del proceso contencioso administrativo y a pesar de ello existe desconocimiento reiterado e injustificado por parte del servidor público, ello sería constitutivo de falta pues equivale a alzarse contra las decisiones de los jueces cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los ciudadanos y mucho más para los servidores públicos.

No habiendo variado sustancialmente las circunstancias sociales e históricas conforme a las cuales se expidió la norma acusada, no encuentra la Corte motivo alguno para declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición, salvo la expresión *"o administrativas"*, que se declarará inexequible.

12. Proporcionar dato inexacto o presentar documentos ideológicamente falsos u omitir información que tenga incidencia en su vinculación o permanencia en el cargo o en la carrera, o en las promociones o ascensos o para justificar una situación administrativa.

13. Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones.

14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.

15. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar

pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.

16. Asumir obligaciones o compromisos de pago que superen la cuantía de los montos aprobados en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC).

17. Ejercer cualquier clase de coacción sobre servidores públicos o sobre particulares que ejerzan funciones públicas, a fin de conseguir provecho personal o para terceros, o para que proceda en determinado sentido.

18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación.

19. Reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la jurisdicción contencioso-administrativa, o proceder contra resolución o providencia ejecutoriadas del superior.

20. Permitir, tolerar o facilitar el ejercicio ilegal de profesiones reguladas por la ley.

21. Dar lugar al acceso o exhibir expedientes, documentos o archivos a personas no autorizadas.

22. Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra.

Jurisprudencia: El numeral 22 fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-893/03** "en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de un (1) año en los demás casos, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado."

ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN - Aspectos estático y dinámico /
SERVIDOR PÚBLICO - Régimen disciplinario

INCOMPATIBILIDAD - Concepto / **INHABILIDAD** - Concepto / **PROHIBICIÓN** - Concepto

PROHIBICIÓN - Prestar a título particular servicios de asistencia representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo

INHABILIDADES INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES - Finalidad de su extensión en el tiempo

SERVIDOR PÚBLICO - Extensión de la prohibición por un año de prestar a título particular servicios de asistencia, representación o asesoría después de estar desvinculado

2. Lo que se debate.

Según la demanda, el numeral 2 (sic) del artículo 35 de la ley 734 de 2002, debe ser declarado contrario a la Constitución, por cuanto en él se establece una prohibición disciplinaria al servidor público de actuar como particular en asuntos relacionados con las funciones propias de su cargo. Es decir, el servidor público no puede por el término de un año intervenir en los asuntos que fueron de su conocimiento en razón del cargo que desempeñó. Disposición que a juicio de la ciudadana demandante, viola el derecho de toda persona a escoger libremente profesión u oficio, el derecho a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la vigencia de un orden justo, pues una prohibición exclusiva de servidores públicos se extiende a quien deja de serlo.

En este sentido, corresponde a la Corte establecer si el numeral del artículo acusado es contrario o no a la Constitución.

3. La función pública.

3.1. La estructura de la administración comprende dos aspectos: la parte estática y la parte dinámica. La primera integrada por todos los organismos encargados de cumplir con la función administrativa. La otra, constituida por los organismos que tienen como misión principal administrar, es decir entes en movimiento generadores de actos administrativos, y personas que de una u otra forma se encuentran vinculadas a la administración.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia afirmó que la función pública *"supone el ceñimiento de quienes a ella se vinculan a las reglas señaladas en el orden jurídico y que exijan determinadas condiciones y requisitos de aptitud, capacidad e idoneidad para desempeñarla a cabalidad, siempre y cuando esas regulaciones normativas se deriven de un mandato constitucional, hayan sido proferidos por el organismo o funcionario competente para expedirlas y no atenten contra alguno de los*

derechos o libertades reconocidos por la Carta" (CSJ, Sentencia No. 61 de agosto 12 de 1982; M.P. Manuel Gaona Cruz).

3.2. A partir de la Constitución de 1991, la función pública constituye uno de los problemas mas complejos de la administración, ya que se ocupa no sólo de la clasificación de las distintas categorías de las personas que sirven a la administración, sino de su ingreso, permanencia, ascenso, retiro, deberes, prerrogativas, incompatibilidades, y prohibiciones (artículos 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131 de la Constitución).

3.3. Así las cosas, los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, y de ello son responsables. A diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba, principio encaminado a la protección de los intereses de los administrados.

3.4. Conforme a lo dispuesto por el artículo 209 de la Carta Política, la función administrativa se encuentra instituida *"al servicio de los intereses generales"* y ha de cumplirse de manera tal que a través de las actuaciones de los funcionarios públicos se hagan efectivos *"los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"* lo que significa que las conductas contrarias a estos principios constituyen quebranto de la Constitución Política, que habrá de sancionarse de acuerdo con la ley.

4. El derecho disciplinario, libertad de configuración del legislador.

4.1. En armonía con lo antes expuesto le corresponde al Estado garantizar que la actividad que desarrollan los servidores públicos en ejercicio de sus funciones se ajuste, de manera estricta, a lo establecido por la Constitución y la ley. Precisamente por ello, el artículo 6 de la Constitución señala que los servidores públicos son responsables no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino, también cuando incurran en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, norma ésta que guarda estrecha relación con el artículo 123 de la Carta según el cual, los servidores públicos "están al servicio del Estado y de la comunidad" y sometidos a "la Constitución, la ley y el reglamento".

De la misma manera el artículo 124 de la Constitución le ordena a la ley que determine "la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

De esta suerte, es al Congreso de la República al que le corresponde, en ejercicio de la atribución que le otorga el artículo 150 de la Constitución, expedir el código disciplinario de los servidores públicos, en el cual se señalen con claridad las faltas en que pueden incurrir, así como las sanciones correspondientes y el procedimiento para conocer de aquellas e imponer las últimas cuando fuere el caso, siempre con la garantía del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución.

4.2. Ha sido el propio Constituyente, entonces, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, sentencia C-286 de 1996, entre otras, el que ha sometido al servidor público, a un régimen disciplinario. Así, se ha dicho que *"todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no.*

A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado - en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregona el artículo 6º de la Carta Política".

4.3. Para la Corte Constitucional "*el derecho disciplinario es una rama esencial al funcionamiento del Estado enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas".*

"... el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan"

*"Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye **derecho** sino que es ante todo **deber** del Estado.*

"El derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas." (Sentencia C-417 de 1993)

4.4. Dentro de este contexto, el legislador estableció que los servidores públicos están sometidos a un régimen especial de incompatibilidades, inhabilidades, y prohibiciones; entendiéndose como incompatibilidades la situación de choque o exclusión creada por el ejercicio simultáneo de funciones públicas o privadas, con lo cual se lesionan los principios de moralidad, la convivencia pacifica, la igualdad y la trasparencia.

Inhabilidad, como aquel límite razonable a los intereses particulares de los servidores públicos, o, cuando ciertas actuaciones privadas no pueden adelantarse ante uno o

varios sectores del Estado, por haber servido en ellas y esto, para evitar el trafico de influencias o el aprovechamiento privado de posiciones oficiales que desempeñaron en el pasado inmediato; y por último, prohibición como una obligación de no hacer, con la finalidad de garantizar el interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes están o han estado al servicio del Estado.

4.5. Ahora bien, en este caso, la actora reprocha la prohibición a todo servidor público de incurrir o permitir que se incurra en la incompatibilidad de prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, que se prolonga por el término de un año a partir de la dejación del mismo, pues considera que esta prohibición viola los derechos a la igualdad (artículo 13), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), la libertad de escoger profesión u oficio (artículo 26) y la vigencia de un orden justo, por cuanto, según su concepto se impone obligaciones de servidor público a una persona que ya no está vinculada con la administración.

Para la Procuraduría no hay tal violación, por el contrario, se está frente a una carga impuesta al servidor público que justifica su previsión por el legislador para evitar que el interés público se vea menoscabado por los de tipo privado, lo que explica la prolongación en el tiempo.

Igualmente, el interviniente del Ministerio del Interior y de Justicia, consideró que la norma no se aparta de los postulados constitucionales que rigen lo concerniente al derecho al trabajo, el poder público disciplinario y la responsabilidad de los particulares frente al Estado.

4.6. De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que en efecto las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones impuestas al servidor público, extendiéndolas en el tiempo, a quienes hayan dejado de pertenecer a la administración, tienen como finalidad impedir el ejercicio de influencias, bien para gestionar negocios o para obtener contratos amparados en la circunstancia de haberlos conocido o tramitado mientras se estuvo vinculado a la administración.

En ese orden de ideas, la adopción por el legislador de un régimen específico de incompatibilidades y el establecimiento de prohibiciones a los servidores públicos para que queden separados de manera nítida los intereses particulares y el ejercicio de las funciones públicas, resulta plenamente acorde con los principios que informan el Estado de Derecho, entre los cuales es de su esencia que la función pública se realice dándole eficacia a los principios que para ella señala el artículo 209 de la Constitución.

En efecto, quienes no son servidores del Estado, se encuentran asistidos por el derecho a que las funciones públicas se realicen conforme a la Constitución y a la ley y, con mayor razón, tal derecho se extiende a los propios servidores públicos. Es esa una garantía propia del Estado de Derecho, que se erige como una salvaguardia frente a la arbitrariedad, al capricho o a la discriminación no autorizada por la Constitución y la ley

en el ejercicio de la función pública. Es una realización concreta del derecho a la igualdad frente a la ley, así como del principio de legalidad de los actos del Estado.

Del mismo modo, no es extraño a la Constitución, sino al contrario, característica del Estado de Derecho, que la función pública nada tenga de oculto, sino al contrario, que ha de ser transparente, esto es, que los actos del Estado se ajusten de manera estricta a la legalidad, que puedan ser sometidos al examen o escrutinio público, lo cual excluye de suyo que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público.

Desde luego, como corolario obligado de lo expuesto en precedencia, al Estado de Derecho le repugna que la función pública se ejerza con quebranto de la moralidad administrativa o que se dilate sin causa justificada, o que al realizarla no se cumpla con ella la finalidad propia del servicio público que, se repite, se ha instituido para la satisfacción del interés público o de los intereses particulares pero conforme a la ley.

4.7. Así las cosas, encuentra la Corte que la norma contenida en el artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 según la cual a todos los servidores públicos les está prohibido "*Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra",* se ajusta a la Carta Política, conforme a las precisiones que a continuación se exponen:

4.7.1. De entrada, ha de observarse por la Corporación que la prohibición que ahora ocupa la atención de la Corte, tiene un sólido fundamento constitucional con respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de su cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo, corporación o entidad en la cual laboraba con anterioridad. Es legítimo pues, que el legislador establezca esta prohibición.

4.7.2. De la misma manera, encuentra la Corte ajustado a la Constitución que en guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la trasparencia de la función pública, se extienda por un año la prohibición a quien fue servidor público de un organismo, entidad o corporación, de prestar servicios de asesoría, representación o asistencia ante su inmediato y anterior empleador.

4.7.3. Tampoco tendría explicación constitucionalmente válida, que se autorizara y se le diera legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico a la prestación de servicios de asesoría, asistencia o representación por parte de servidores públicos que lo fueron dentro del año inmediatamente anterior, a quienes conforme a la ley se encuentran sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo a la cual se estaba vinculado como servidor público, pues en tal caso,

aparecerían seriamente comprometidos y lesionados, entre otros, los principios de la igualdad, la trasparencia, y la imparcialidad de la función pública.

4.7.4. Como puede apreciarse, conforme al texto mismo del artículo 35, numeral 22 de la ley 734 de 2002, la prohibición objeto de análisis, la hizo extensiva el legislador "a todo servidor público". Ello significa, entonces, que no es aplicable solo a los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público en el sector central y en el descentralizado, sino también a los servidores de la rama judicial con respecto al Juzgado o Corporación de la que formaron parte como Magistrados, e igualmente a los servidores de la rama legislativa; y, por las mismas razones, en tal prohibición quedan comprendidos también los servidores públicos de la Organización Electoral, de la Defensoría del Pueblo, de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la Nación.

4.7.5. Aunque resultaría superfluo, considera oportuno recordarlo la Corte que nada de lo anteriormente dicho puede significar ninguna restricción ni inaplicación de las normas específicamente previstas en la Constitución (en el título VI capítulo 6) con respecto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades expresamente en ella señalados para los miembros del Congreso de la República.

23. Proferir en acto oficial o en público expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier servidor público o las personas que intervienen en los mismos.

24. Incumplir cualquier decisión judicial, fiscal, administrativa, o disciplinaria en razón o con ocasión del cargo o funciones, u obstaculizar su ejecución.

25. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo.

26. Distinguir, excluir, restringir o preferir, con base en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra de la vida pública (Artículo 1°, Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en Colombia mediante la Ley 22 de 1981).

27. Ejercer la docencia, dentro de la jornada laboral, por un número de horas superior al legalmente permitido.

Jurisprudencia: El numeral 2° del artículo 44 de la Ley 200 de 1995, sobre otras incompatibilidades, en similar sentido establecía: "salvo las excepciones constitucionales y legales y el ejercicio de la docencia ~~universitaria~~ hasta por ocho horas semanales dentro de la jornada laboral". Salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE, este numeral fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-317/96.**

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Condiciones que permiten trato diferente

SERVIDORES PÚBLICOS - Excepciones al régimen de deberes e incompatibilidades

INCOMPATIBILIDADES - Docencia como excepción en el régimen del congreso

INCOMPATIBILIDADES - Docencia como excepción en el régimen de la Rama Judicial

Tal como se expresó en el acápite correspondiente a los fundamentos de la demanda, el actor considera que la palabra "u*niversitaria"* contenida en las normas demandadas vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, pues establece una discriminación de trato a favor de los funcionarios públicos que ejercen labores de docencia en las universidades, en contra de aquellos que desempeñan la misma labor pero en otros niveles educativos.

Frente al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, esta Corporación ha sido reiterativa en sostener que el establecer formas de diferenciación y tratos distintos no conduce necesariamente a una discriminación, pues la aplicación efectiva de la igualdad frente a una determinada circunstancia, no puede desconocer las exigencias propias de la diversidad de condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los sujetos.

Sin embargo, resulta importante precisar que el trato diferente, como también se ha establecido en reiteradas oportunidades por esta Corte, debe estar amparado por una razón clara, objetiva y lógica producto de un análisis serio de proporcionalidad entre los medios empleados y la medida considerada, de manera que no sea admisible alegar violación alguna del derecho a la igualdad.

En relación con el tema, la Sentencia C- 530 de 1993 señaló:

> *"Ahora bien, el concepto de la igualdad ha ido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así: en un primer pronunciamiento, la Corporación sostuvo que la igualdad implicaba el trato igual entre los iguales y el trato diferente entre los*

distintos. En un segundo fallo la Corte agregó que para introducir una diferencia era necesario que ésta fuera razonable en función de la presencia de diversos supuestos de hecho. En una tercera sentencia la Corporación ha defendido el trato desigual para las minorías. Ahora la Corte desea continuar con la depuración del concepto de igualdad en virtud de la siguiente afirmación:

"El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones:

"- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho;

"- En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad;

"- En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;

"- En cuarto lugar, que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna;

"- Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

"Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución." (Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero).

Es entonces la estructura razonable, y proporcionada que tenga el trato diferente, lo que distingue claramente el derecho a la igualdad, de una posible discriminación. Sólo dentro de este contexto, se puede considerar jurídicamente válido el propiciar un trato diferente a aquellas personas que se encuentran cobijadas por una misma situación jurídica.

De conformidad con los argumentos expuestos, cuando en los artículos 40 y 44 de la ley 200 de 1995 se otorga un beneficio especial a los servidores públicos que adelantan tareas de docencia universitaria, excluyendo de igual privilegio a los demás que ejercen la docencia a otros niveles, se configura de manera clara e inobjetable una manifiesta violación a la prohibición de consagrar discriminaciones entre personas, pues se están otorgando prerrogativas a un sector de docentes en perjuicio de otros sin justificación alguna. La misma situación se presenta en relación con el artículo 6° de la ley 201 de 1995, cuando se establece igual privilegio para el ejercicio del cargo de Procurador General de la Nación, cual es el de dictar cátedra "universitaria."

Evidentemente que no se encuentra razón constitucional o legal alguna que justifique dicha diferencia, pues si la finalidad de la excepción es la de que los servidores públicos puedan ejercer labores de docencia, no resulta razonable el que la medida limite su aplicación sólo al nivel universitario. Así pues, excluir sólo a los docentes universitarios del régimen de deberes e incompatibilidades de los servidores públicos, y no a los demás que adelantan labores de docencia según el Estatuto Docente, es un claro desconocimiento del artículo 13 de la Carta Política, que propende por el derecho que tienen las personas a que no se consagren excepciones, privilegios o tratos especiales que sean arbitrarios y que por tanto los excluyan de los beneficios que a otros se conceden bajo las mismas circunstancias.

Ya esta Corporación había tenido oportunidad de referirse al tema cuando se demandó la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la ley 136 de 1994, en las cuales se estableció una excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales en el ejercicio de sus cargos, consistente en permitirles a estos servidores públicos el desarrollo de labores docentes en instituciones "universitarias o de educación superior". En esa oportunidad consideró la Corte que se vulneraba en forma ostensible el ordenamiento constitucional en lo que hace al principio de igualdad, pues se otorgaba un privilegio injustificado en favor de un sector de docentes -universitarios- frente a otros que se desempeñaban en niveles diferentes de educación.

La sentencia citada señaló expresamente:

> *"Para la Corte entonces, resulta evidente que, al consagrarse en la Ley 136 de 1994 un beneficio en favor de los docentes de Educación Superior -artículo 43-3- y de cátedra universitaria -artículo 45 parágrafo 1º-, consistente en que a aquellos se los exceptúa de una de las inhabilidades previstas para ser concejal, mientras a estos del régimen de incompatibilidades de los concejales, excluyendo del mismo privilegio a los demás docentes, se configura una clara y manifiesta violación a la prohibición constitucional de consagrar discriminaciones entre personas, otorgando prerrogativas a un sector de docentes en detrimento de otros.*
>
> *"En este sentido, concluye la Corte que la excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrada en la norma legal que se examina, debe aplicarse sin discriminación alguna a quienes ejerzan o bien, funciones docentes, o bien la cátedra, según el caso, y por consiguiente, dichas normas resultan inconstitucionales por vulnerar el artículo 13 de la Carta Política, razón por la cual se declarará la inconstitucionalidad de las expresiones "**de Educación Superior**" contenida en el numeral 3° del artículo 43, así como la palabra "**universitaria**" que aparece en el parágrafo 1° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994." (Sentencia C-231 de 1995, Magistrado Ponente, doctor Hernando Herrera Vergara).*

Así entonces, encuentra la Corte, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política, que la excepción al régimen de deberes e incompatibilidades contenida en los artículos 40 y 44 de la ley 200 de 1995 y 6° de la ley 201 del mismo año, debe aplicarse sin discriminación alguna a aquellos servidores públicos que ejerzan la docencia,

independientemente del nivel educativo en el que la desarrollen, razón por la cual se procederá en la parte resolutiva del presente fallo, a declarar inexequible la palabra "universitaria" contenida en los artículos 40 y 44 de la ley 200 de 1995 y 6° de la ley 201 del mismo año.

Por lo demás, en torno a las normas demandadas de la Ley 200 de 1995 es necesario precisar que el numeral 2o. del artículo 44 -que por una deficiente enumeración pareciera como disposición aislada del contexto del numeral 1o.- se refiere específicamente a éste; es decir, que "*las excepciones constitucionales y legales y el ejercicio de la docencia universitaria hasta por ocho (8) horas semanales dentro de la jornada laboral*" de que habla el numeral 2o., se refieren a los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las Juntas Administradoras Locales, es decir a los funcionarios que aparecen mencionados en el numeral 1o.

Por otra parte, resulta también pertinente señalar que en el caso de los congresistas -que no es objeto de la demanda bajo examen- es la propia Constitución Política la que, en su artículo 180, parágrafo primero, exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra *universitaria,* y que, por otra parte, la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, revisada por esta Corte, (Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996) en su artículo 151, parágrafo segundo, señala como excepción a las incompatibilidades para ejercer cargos en la Rama Judicial, la de ejercer "la docencia *universitaria* en materias jurídicas". En este caso la norma fija un límite de hasta cinco (5) horas semanales, que, según la Sentencia de la Corte Constitucional, deben entenderse como horas hábiles. Obviamente estas dos normas, la del artículo 180 parágrafo primero de la Constitución y la del artículo 151, parágrafo segundo de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, se mantienen en vigor.

28. Manifestar indebidamente en acto público o por los medios de comunicación, opiniones o criterios dirigidos a influir para que la decisión contenida en sentencias judiciales, fallos disciplinarios, administrativos o fiscales sean favorables a los intereses de la entidad a la cual se encuentra vinculado, en su propio beneficio o de un tercero.

29. Prescindir del reparto cuando sea obligatorio hacerlo, o efectuarlo en forma irregular.

30. Infringir las disposiciones sobre honorarios o tarifas de los profesionales liberales o auxiliares de la justicia y/o el arancel judicial, en cuantía injusta y excesiva.

31. Tener a su servicio, en forma estable para las labores propias de su despacho, personas ajenas a la entidad.

32. Propiciar, organizar o participar en huelgas, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

33. Adquirir, por sí o por interpuesta persona, bienes que se vendan por su gestión o influir para que otros los adquieran, salvo las excepciones legales.

34. Proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración, cuando no esté facultado para hacerlo.

Jurisprudencia: este numeral corresponde al numeral 28 del artículo 41 de la Ley 200 de 1995 que fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-280/96**.

SERVIDOR PÚBLICO - Prohibiciones / **SECRETO OFICIAL** - Revelación

Igualmente, uno de los actores impugna la prohibición del numeral 28 de ese mismo artículo 41, según la cual los servidores públicos no pueden "proporcionar noticias o informes sobre asuntos de la administración cuando no estén facultados para hacerlo." Este cargo se encuentra íntimamente ligado al ataque contra la expresión "por quien tenga la facultad legal de hacerlo" del ordinal 9º del artículo 25, según el cual es falta gravísima "la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, así declarados por la ley o por quien tenga la facultad legal para hacerlo." El actor considera que ambas disposiciones son violatorias del derecho al acceso a documentos públicos y la información, pues la ley es la única que puede establecer las excepciones a dicho derecho, y en este caso tal decisión sería potestativa de autoridades diferentes.

La Corte considera que el ciudadano tiene en parte razón, pues es cierto que el artículo 74 de la Carta establece una reserva de ley en materia de excepciones al acceso a los documentos públicos, por lo cual sólo el Legislador puede señalar aquellos documentos públicos que quedan por fuera del derecho de las personas a examinarlos. Por ello, la expresión "por quien tenga la facultad legal de hacerlo" del ordinal 9º del artículo 25 será declarada inexequible.

Sin embargo, esa reserva legal, no hace inexequible el numeral 28 del artículo 41, por cuanto esta norma prohíbe a los servidores divulgar informes sobre la administración "cuando no estén facultados para hacerlo". Ahora bien, es claro que los servidores públicos sólo puede hacer aquello para lo cual están expresamente facultados, puesto que, a diferencia de los particulares, ellos responden no sólo por infracción a la Constitución y a la ley, sino también por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP art. 6º). En ese orden de ideas, si un servidor no está facultado para proporcionar un informe relativo a la marcha de la administración y, a pesar de ello, lo divulga, se

trata de una extralimitación que es susceptible de sanción disciplinaria pues se está violando un deber de discreción, que puede afectar el buen desarrollo de la función pública.

35. Las demás prohibiciones consagradas en la ley ~~y reglamentos~~.

Jurisprudencia: El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-328/03** cuyos apartes sustanciales pertinentes se transcriben a continuación.

> **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** - Ámbito disciplinario
>
> **PROHIBICIONES Y FALTAS DISCIPLINARIAS** - Reserva legal admite excepción en ciertos casos específicos
>
> **REGLAMENTOS -** No pueden crear prohibiciones

2. Problemas Jurídicos

La Corte encuentra que en el presente proceso deben ser resueltos tres problemas jurídicos diferentes.

2.1. En cuanto al numeral 35 del artículo 35 del Código Disciplinario Único, el demandante estima que la expresión "y reglamentos" contenida en dicha norma es contraria a los artículos 29, 121, 124, y 150-10 de la Constitución, pues, en virtud del principio de legalidad, las prohibiciones a los servidores públicos únicamente pueden ser establecidas por el legislador.

(…)

3. Análisis del numeral 35 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002. El principio de legalidad impide que en el reglamento se creen prohibiciones con efectos disciplinarios, pero permite que la ley refiera a las funciones detalladas en el reglamento para determinar el incumplimiento de los deberes de los servidores públicos.

Como se observó en el acápite anterior, corresponde a la Corte resolver si es contrario al principio de legalidad que el Código Disciplinario Único permita que los reglamentos establezcan prohibiciones a los servidores públicos. Para ello, la Corte recordará la jurisprudencia constitucional pertinente sobre el principio de legalidad en el ámbito

disciplinario.

En el campo del derecho sancionatorio de los servidores públicos, el principio de legalidad está consagrado en varias normas constitucionales. Primero, los incisos 2º de los artículos 6º y 29 establecen que los servidores públicos no pueden "ser juzgados sino conforme a leyes preexistentes", y que "sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".[93] Segundo, con respecto a la regulación de las funciones de los servidores públicos, los artículos 122 y 123 inciso 2º disponen que éstos "ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento" y que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento". [94] Tercero, en cuanto a la responsabilidad de los servidores públicos, el artículo 124 de la Carta dictamina que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos".[95]

Surge entonces la pregunta de si el término "ley" contenido en las disposiciones anteriores excluye o no la consagración de prohibiciones en los "reglamentos". Así, la expresión "ley" pudo haber sido utilizada por el constituyente de manera genérica de manera tal que el comportamiento prohibido, a causa del cual el Estado sanciona disciplinariamente a los servidores públicos, puede estar descrito en normas de cualquier nivel jerárquico. Por el contrario, el constituyente pudo haber ordenado que las normas que establecen las prohibiciones de los servidores públicos deben ser de rango legal.

Esta controversia ya ha sido analizada por la Corte Constitucional. La jurisprudencia constitucional ha establecido que, con excepción de ciertos casos específicos, la consagración de comportamientos reprochables disciplinariamente es materia que exclusivamente compete al legislador.

Es así como la sentencia C-1076 de 2002[96] declaró exequible la expresión "decretos" contenida tanto en el artículo 54 como en el numeral 4º del artículo 61 del actual Código Disciplinario Único, en el entendido de que la expresión mencionada "*trata de decretos con fuerza de ley*". De acuerdo a la primera de estas normas, los decretos pueden prever "*inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses*" de particulares que ejerzan funciones públicas[97]. De acuerdo a la segunda de estas

---

93 Los enunciados pertinentes de los artículos 6º y 29 de la Constitución establecen: "**Artículo 6º inciso 2o.** (…) Los servidores públicos lo son [responsables] por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. **Artículo 29 inciso 2º:** (…) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (…)".

94 Las disposiciones constitucionales mencionadas disponen lo siguiente: "**Articulo 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento. **Artículo 123 inciso 2º.** Los servidores públicos (…) ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento."

95 "**Articulo 124.** La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva."

96 MP Clara Inés Vargas Hernández.

97 El artículo 54 del Código Disciplinario Único consagra: "**Artículo 54. Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses**. Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

disposiciones, constituye una falta gravísima de los notarios la transgresión del régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses previstos, entre otras normas, en los "decretos"[98].

Al respecto, la Corte dijo que

> "*únicamente por vía legal, lo cual incluye a los decretos con fuerza de ley, se puede regular lo concerniente al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses a los particulares, como quiera que está de por medio el acceso a una función pública.*
> *(…)*
> *en materia disciplinaria existe una reserva legal, en el sentido de que únicamente por medio de una ley, incluyendo los decretos con fuerza de ley, se puede erigir un comportamiento determinado en conducta reprochable disciplinariamente. De tal suerte que el régimen sancionatorio aplicable a los notarios no puede ser la excepción a la regla, por cuanto no existe ninguna razón constitucionalmente válida para ello.*

Igualmente, en la sentencia C-448 de 1998[99] la Corte declaró inexequible la expresión "y los reglamentos administrativos" contenida en el artículo 42 de la Ley 200 de 1995, que disponía lo siguiente: "Se entienden incorporadas a este Código las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos". En esta ocasión, la Corte advirtió que

> "*el legislador es quien está habilitado constitucionalmente para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, sin que de otro lado, en nada se opone a los mandatos constitucionales, la incorporación en el Código Disciplinario Único de las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la misma Constitución y en la ley, en relación con la conducta de aquellos, y específicamente con los concejales (artículos 293 y 312 de la CP.), cuando esta quebrante los principios rectores de la administración pública.*
>
> *Cabe señalar que, algunas inhabilidades e incompatibilidades están fijadas en la Constitución (como las establecidas en los artículos 179, 303 y 312); otras por el*

(…) 3. Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley. Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir." La parte resolutiva de la sentencia C-1076 de 2002, en lo pertinente, dijo*: "Declarar **EXEQUIBLE** la expresión decretos que figura en el último inciso del artículo 54 de la Ley 734 de 2002, en el entendido de que se trata de decretos con fuerza de ley, por los cargos analizados en esta sentencia".*

98 El numeral 4º del artículo 61 de la misma Ley 734 de 2002 dispone: "**Artículo 61. Faltas gravísimas de los notarios***.* Constituyen faltas imputables a los notarios, además de las contempladas en el artículo 48 en que puedan incurrir en el ejercicio de su función: (…) 4. La transgresión de las normas sobre inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses previstos en la Constitución, la ley y decretos." La parte resolutiva, en lo pertinente, dijo: "*Declarar **EXEQUIBLE** la expresión decretos que figura en el numeral 4 del artículo 61 de la Ley 734 de 2002, en el entendido de que se trata de decretos con fuerza de ley, por los cargos analizados en esta sentencia.*"

99 MP Hernando Herrera Vergara.

legislador, por expresa delegación del constituyente, y otras por los reglamentos administrativos.

Por consiguiente, al encontrarse ellas dispersas, el legislador determinó en el precepto sub examine que las normas relativas a dicho régimen, quedaran en el Estatuto Disciplinario Único, lo que en consecuencia no riñe con los preceptos superiores, razón por la cual se declarará la exequibilidad del artículo 42 de la Ley 200 de 1995, salvo la expresión "y los reglamentos administrativos" contenida en la disposición acusada, la cual resulta inconstitucional, por cuanto como antes se observó es materia de competencia de legislador."[100]

Por eso, si bien la Corte Constitucional ha sostenido que el principio de legalidad en el campo del derecho disciplinario es menos exigente en cuanto al requisito de que la conducta sea descrita con precisión en la ley, ha resaltado que otro aspecto de este principio, el de reserva de ley, constituye también una garantía del debido proceso disciplinario.

"El derecho al debido proceso reconocido por el art. 29 de la Constitución, consagra entre las garantías sustanciales y procesales que lo integran, el principio de legalidad, en virtud del cual le corresponde al legislador determinar las conductas o comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos merecedores de protección son reprochables y, por lo tanto, objeto de sanciones. Es decir, que es función del legislador dentro de las competencias que se le han asignado para la conformación de la norma jurídica determinar o

---

100 Igualmente, en la sentencia C-653 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte consideró que *"(t)anto en materia penal como disciplinaria, la garantía constitucional del principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación. (…) El mandato superior contenido en el artículo 29 de la Carta Política al preceptuar que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", exige al legislador definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas disciplinariamente, el señalamiento anticipado de las respectivas sanciones, el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales para la investigación y la definición de las autoridades competentes que dirijan y resuelvan sobre la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios investigados.*" En esta providencia, la Corte declaró inexequible el parágrafo del artículo 26 de la Ley 200 de 1995, de acuerdo al cual "el funcionario de la Procuraduría General de la Nación que viole el debido proceso incurrirá en causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar". La Corporación concluyó que la definición de la conducta era excesivamente indeterminada, lo cual era contrario al principio de tipicidad de la sanción. De otra parte, la Corte también ha considerado que ciertos aspectos del procedimiento disciplinario tienen reserva legal. En la Sentencia C-1076 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte declaró inexequible el inciso 4 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, el cual consagraba una facultad del Procurador General de la Nación de determinar casos en los cuales se aplicaría el procedimiento verbal y no el ordinario. La Corte consideró que *"(e)n materia de procesos disciplinarios existe reserva legal, en el sentido de que corresponde al legislador determinar todo lo referente al funcionario competente para adelantarlos, así como las reglas, trámite, etapas, recursos y efectos de estos trámites administrativos."*

describir, en forma abstracta y objetiva, la conducta constitutiva de la infracción penal o disciplinaria y señalar la correspondiente sanción[101]*.*

De las sentencias citadas, se concluye que las prohibiciones y las faltas gravísimas por las cuales pueden ser sancionados disciplinariamente los servidores públicos, deben estar estipulados previamente en una norma legal[102].

Asunto diferente es el de si solo la ley puede describir las funciones de los servidores públicos que contribuyen a delimitar el ámbito de los deberes de estos[103]. Expresamente la Constitución en el artículo 122 permite que el reglamento detalle las funciones de los empleos públicos. No obstante, la decisión general relativa a si la infracción, omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones detalladas en el reglamento son causa de responsabilidad disciplinaria compete al legislador. Sin embargo, esta Corporación ha establecido que no es contrario al principio de legalidad que los reglamentos internos de ciertas entidades específicas consagren su propio régimen disciplinario, si la ley así lo autoriza expresamente. En la sentencia C-829 de 2002 la Corte decidió declarar exequibles unas expresiones contenidas en los artículos 75 y 79 de la Ley 30 de 1992 y del artículo 26 del Decreto 1210 de 1993. Dichas normas establecían que el Estatuto General, el Estatuto del Profesor y el Estatuto del Personal Administrativo de la Universidad Nacional debían contener el "régimen disciplinario" correspondiente. La Corte consideró que dichas normas no transgredían

---

101 Sentencia C-769 de 1998 (MP Antonio Barrera Carbonell), en la cual la Corte declaró exequible el numeral 8º del artículo 25 del anterior Código Disciplinario Único, que disponía como falta gravísima el abandono injustificado del cargo.

102 La posición de la Corte Constitucional con respecto a las sanciones administrativas es parecida. En la sentencia C-597 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero), al analizar la constitucionalidad de unas sanciones consagradas en el Estatuto Tributario, la Corte estableció que *"(u)no de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa*." Por estas razones la Corte declaró inexequible una norma que establecía la imposición de una sanción como consecuencia de comportamientos que no respetaran los "*principios de contabilidad generalmente aceptados*". Según el parecer de la Corte, esta expresión era ambigua, y su alcance específico no se encontraba en la ley sino en un decreto reglamentario. Dicha posición también ha sido adoptada por la Corte en relación con el control fiscal a que son objeto los servidores públicos. En efecto, en la sentencia C-484 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero) la Corte declaró inexequible la facultad del Contralor de reglamentar en algunos casos el monto de la sanción fiscal a servidores públicos, contenida en el parágrafo del artículo 101 de la Ley 42 de 1993. La Corte estimó que *"(L)a facultad reglamentaria del contralor tampoco puede extenderse a la reglamentación del monto de la sanción fiscal, puesto que el artículo 124 de la Carta expresamente dispone que corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos. Además, por regla general, el principio de legalidad exige que, en materia sancionadora, la ley señale no sólo la infracción que reprocha sino también la sanción y su monto, ya sea determinado o determinable."*

103 La Corte constata que las prohibiciones son tan solo una de las conductas por las cuales los servidores públicos pueden incurrir en faltas que den lugar a sanciones disciplinarias. El artículo 23 del Código Disciplinario Único dispone que "(c)onstituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento."

la reserva legal, atendida la especificidad propia de la actividad académica y la garantía constitucional de la autonomía universitaria. [104]

Del análisis anterior se desprende que las prohibiciones de los servidores públicos deben ser estipuladas por el legislador. Ahora bien, en lo que respecta a los deberes funcionales, en concordancia con los artículos 6º, 122 y 123 de la Constitución, la misma ley puede establecer que el funcionario que se extralimite, infrinja u omita el ejercicio de sus funciones, aún las detalladas en el reglamento, incurre en una falta disciplinaria[105]. Cuando el legislador emplea esta técnica legislativa, la configuración de la falta depende tanto de la ley, que crea la prohibición y remite a una norma de menor nivel jerárquico que delimita su contenido, como del reglamento, que detalla las funciones del funcionario.[106] Empero, como la norma acusada en el presente proceso no es una manifestación de esta técnica, sino que permite que el reglamento mismo cree la prohibición, la Corte no se detendrá en este punto relativo a los deberes funcionales del servidor público y a las condiciones en las cuales el desconocimiento de lo establecido en el reglamento puede constitucionalmente dar origen a responsabilidad disciplinaria.

La norma acusada por este primer cargo dice que " a todo servidor público le está prohibido" hacer lo que el propio artículo señala en varios numerales, pero agrega, en el numeral 35, que los servidores públicos también serán responsables disciplinariamente por transgredir "las demás prohibiciones consagradas en la ley y reglamentos." Así, de

---

[104] MP Alfredo Beltrán Sierra. Dicha sentencia consideró lo siguiente: *"(L)os elementos estructurales de las conductas que se consideren como faltas quedan reservados a la ley de carácter disciplinario. Pero, como ellas en últimas consisten en la violación de los deberes o de las prohibiciones, en el estatuto de los docentes en las universidades estatales, atendida la especificidad propia de la actividad académica y la función educativa o de investigación que por los docentes se cumple podrá cada universidad establecer deberes específicos sin que pueda afectarse, en ningún caso, ni la libertad de investigación ni la libre expresión de las ideas, ni la libertad de cátedra (…). Desde luego, asuntos como lo relativo a las formas y requisitos para el ingreso a la actividad docente, los ascensos dentro de la carrera respectiva, los estímulos a profesores en casos determinados o la no concesión de estos últimos, serán asuntos propios del estatuto docente en cada universidad. Pero escaparán a éste para regirse por la ley disciplinaria faltas que impliquen la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de todos los servidores públicos, así como aquellas que por su extrema gravedad no puedan ser desconocidas por el régimen interno de las universidades sino regularse por las normas de carácter general disciplinario expedidas por el Estado. (…) Resulta entonces, que el "régimen disciplinario" de las universidades no sustituye a la ley, queda comprendido dentro del estatuto que para profesores, estudiantes o personal administrativo se expida en ejercicio de la autonomía universitaria conforme al artículo 69 de la Carta, en armonía con el Código Disciplinario Único (…)".* El Magistrado Rodrigo Escobar Gil salvó el voto pues consideró que "*la Corte debió emitir un fallo inhibitorio, dado que las disposiciones demandadas, que se refieren a la inclusión de regímenes disciplinarios especiales en los estatutos de las universidades, fueron derogadas por la Ley 200 de 1995*".

[105] Por ejemplo, el numeral 1º del artículo 35 del Código Disciplinario Único establece que: "**Artículo 35. Prohibiciones.** A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo."

[106] Cabe anotar que el Código Disciplinario Único establece: "**Artículo 4º de la Ley 756 de 2002:** El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización."

manera expresa la norma acusada establece una excepción al principio de reserva de ley en la enunciación de las prohibiciones en el ámbito del derecho disciplinario y delega completamente en el reglamento la creación de prohibiciones de las cuales se deriva responsabilidad disciplinaria. Al hacer esto, el legislador violó el principio de legalidad comprendido dentro de la garantía del debido proceso.

Por las razones anteriores, la Corte Constitucional encuentra que, al ser contraria al principio de legalidad, la expresión "y reglamentos" contenida en el numeral 35 del artículo 35 es inconstitucional. Por lo tanto, será declarado inexequible en la parte resolutiva de la presente sentencia.

CAPITULO CUARTO

Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses

Artículo 36. ***Incorporación de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses.*** Se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Radicación Nº **011-57604-01**.

CONTRALOR MUNICIPAL - Inhabilidad para ser elegido / **ERROR INVENCIBLE** - No aplicación a sujetos altamente calificados

De la referida documentación se desprende que dicha Corporación, al momento de seleccionarlo para que entrara a integrar la terna de la que debía ser elegido el Contralor municipal de ..., no tuvo en cuenta que éste se encontraba inhabilitado legalmente para formar parte de esa terna, desconociendo de esta manera que la Corte Constitucional había declarado exequible el literal c), del artículo 163 de la ley 136 de 1994 (subrogado por el artículo 9º de la ley 177/94), norma en la que se consagran las causales de inhabilidad para ejercer el cargo de contralor municipal, que son las mismas inhabilidades determinadas para ser elegido Alcalde Municipal, previstas en el artículo 95 de la ley 136/94, aplicables a los candidatos al cargo de Contralor municipal, en lo que le sean aplicables, según lo dijo la misma Corte.

Por cuanto al desconocer que la Corte Constitucional en sentencia C-367/96, reiterada por la sentencia C-457/98, había declarado exequible el literal c) del articulo 163 de la

ley 136 de 1994, se vulnera el ordenamiento jurídico pues tanto la propia Constitución Política como la ley Estatutaria de la Administración de Justicia señalan la obligación de acatar los fallos de Constitucionalidad.

Amén de lo anterior, un comportamiento como el cuestionado resulta a todas luces atentatorio contra los criterios de imparcialidad, transparencia y moralidad que deben caracterizar la función pública, lo que obviamente pone en entredicho la labor de los Tribunales Administrativos encargados, en Sala Plena, de nominar los candidatos que han de integrar las ternas para contralores municipales y obviamente esa candidatura debe recaer en una persona que no esté incursa en inhabilidades". (...)

"La conducta que se endilga a los doctores ..., es a título de dolo, porque tuvieron conocimiento y eran conscientes de que la Corte Constitucional había declarado la exequibilidad del literal c) del artículo 163 de la ley 136 de 1994, y aún así procedieron a candidatizar al doctor ... para integrar la terna de candidato a la Contraloría Municipal de ..., arguyendo que el Consejo de Estado estaba inaplicando tal norma, jurisprudencia que legalmente no estaban obligados a acatar, pues la misma es solo un criterio auxiliar de la justicia, pero en ningún momento, ella sola puede ser el fundamento principal para justificar una actuación contraria a derecho. Entre tanto la declaratoria de exequibilidad de la norma en comento si los obligaba tanto constitucional como legalmente.

Lo anterior surge de sus propias versiones y conduce a este despacho a concluir que su voluntad estuvo encaminada a actuar, contrariando la ley.

(…)

Al respecto debe manifestar este despacho que el doctor (...), en su condición de asesor externo del Concejo Municipal de (...), Corporación con la que tenía suscrito un contrato de prestación de servicios, por disposición legal, aplicable al caso materia de este disciplinario, estaba inhabilitado para ser elegido contralor de dicho municipio, pues el objeto de la norma era precisamente el de preservar la transparencia de la administración pública.

Como lo dijo la Corte Constitucional en sentencia No. C-767/ 98, esa extensión de las causales de inhabilidad de los alcaldes municipales a los personeros, se aplica cuando "*tal extensión resulte claramente necesaria para asegurar una adecuada protección a la imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública…",* situación que, *mutatis mutandi*, cobijaba al doctor (...), en su condición de asesor externo del Consejo Municipal de...

Frente a lo anterior, no es de recibo lo planteado por los señores Magistrados materia de este disciplinario, de que tal norma no le era aplicable al señor (...), seleccionado para integrar dicha terna, porque según sus apreciaciones su elección se hacía por un procedimiento diferente, por cuanto la ley no estableció ninguna distinción en relación con la forma de elección de uno u otro funcionario.

Este despacho considera que la existencia de un sistema de elección diferente para el alcalde y el contralor municipal no es óbice para la aplicación de las disposiciones legales, pues la ley nada dijo sobre el particular, motivo por el que se estima que la inhabilidad sí le era aplicable al doctor ..., precisamente para garantizar la transparencia y la moralidad de la administración pública, empeño que resulta fallido sí, como en este caso, resulta elegido Contralor municipal quién durante el año mismo de su elección se había desempeñado como asesor externo de la Corporación municipal que debía elegirlo. Ello sin olvidar que en su condición de Contralor Municipal pasaba a ejercer el control fiscal del municipio y del mismo Concejo Municipal que lo eligió.

- Alegan también que la selección del doctor ..., como candidato para integrar la terna de Contralor Municipal de ..., se hizo en vigencia de la ley 617 de 2000 y que el artículo 86 de tal normativa señala: *"Régimen de Transición para el Régimen inhabilidades e incompatibilidades.- El Régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las cuales se refiere la presente ley, regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001"*., que por tanto el doctor ... no estaba incurso en ese momento en causal de inhabilidad que le impidiera acceder al cargo de Contralor Municipal, pues dentro de las normas que regían su elección no se contemplaba la que aquí se cuestiona.

  La ley 617 de 2000, entró a regir a partir del 9 de octubre de 2000, fecha de su promulgación y en efecto, el artículo 86 determina que el régimen de incompatibilidades e inhabilidades a los que se refiere la ley, regirá para las elecciones que se realicen a partir del año 2001.

  Pese a lo anterior, no se puede pasar por alto que las disposiciones que figuraban en las anteriores disposiciones legales, que se encontraban vigentes al momento de la expedición de la nueva ley, regulaban el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los alcaldes y contralores. Por ello no es dado suponer o asegurar, como lo pretenden los señores Magistrados, que entre la vigencia de una y otra disposición se presentó un interregno normativo, pues tan absurda interpretación no tiene cabida en la hermenéutica colombiana.

  Una sana y adecuada interpretación e integración normativa permite afirmar que tal disposición era aplicable para las elecciones que se celebraran a partir del año 2001, solo en lo que tenía que ver con las inhabilidades e incompatibilidades que no figuraban en las legislaciones anteriores. Pero no resulta atendible ni puede tenerse por un argumento serio afirmar que las conductas que venían siendo reguladas en las disposiciones anteriores, desaparecieron del ámbito jurídico y solo cobrarían vida nuevamente para las elecciones que se fueran a realizar a partir del año 2001.

  Si esa hubiera sido la intención del legislador, hubiera dispuesto la suspensión de toda la anterior normativa, indicando que la misma solo recobraría su vigor a partir de tales elecciones.

  Por tal razón, al haber establecido las leyes 136 de 1994 y 177 de 1994 un régimen de incompatibilidades y de inhabilidades para quienes aspiraran a ser elegidos al cargo de

alcalde, régimen que por disposición legal era aplicable a quienes aspiraran a ser elegidos al cargo de Contralor municipal, norma que mantuvo la ley 617 de 2000, sí existía disposición legal, la que era aplicable al presente caso, no resulta de recibo lo dicho por los señores Magistrados del Tribunal Administrativo de ..., de que tal disposición solo regía para las elecciones que se celebraran a partir del año 2001, motivo por el que se reitera lo dicho por este despacho, que los indicados funcionarios judiciales desconocieron las normas que regulaban la situación en que se encontraba el señor ...
(…)

Tales argumentos no son de recibo para este despacho, porque el error, en el evento de existir, era vencible y la pauta la daban las sentencias de la Corte Constitucional Nos. C- 367/96, C-457/98 en las que se pronunciaron sobre la exequibilidad del literal c) del artículo 163 de la ley 136 de 1994 (subrogado por el artículo 9º de la ley 177 de 1994). Estima además la Delegada que tal situación, la del error, no encaja en el presente asunto, pues los documentos y las decisiones proferidas demuestran lo contrario.

A más de ello, resulta inexcusable el error invencible pretextado por personas de la trayectoria de los investigados, Magistrados de una Corporación administrativa departamental, quienes precisamente están calificados y han sido seleccionados para aplicar las disposiciones legales, justamente en casos como el del señor ..., pues su versación en derecho Administrativo hace presumir válidamente que debían ser conocedores de las disposiciones legales y en tal caso de las normas que indicaban que el doctor ... se encontraba incurso en una causal inhabilidad".

Artículo 37. ***Inhabilidades sobrevinientes.*** Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.

Jurisprudencia: Parte del texto de este artículo corresponde en similar sentido a la frase final subrayada del inciso 2° del parágrafo del numeral 1° del artículo 30 de la Ley 200 de 1995 que establecía: “En los casos en que la sanción principal comporte inhabilidad, en el mismo fallo se deberá determinar el tiempo durante el cual el servidor público sancionado queda inhabilitado para ejercer cargos públicos. En firme la decisión, tendrá efectos inmediatos”. Este inciso fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-187/98**.

INHABILIDAD - Pena accesoria

INHABILIDAD PARA EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS - Sanción accesoria no puede exceder a la principal

INHABILIDAD PARA EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS - Sanción accesoria

3. Potestad disciplinaria, debido proceso, principio de legalidad de las faltas y sanciones disciplinarias y su vigencia en las disposiciones acusadas.

Como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, el cumplimiento de los fines del Estado requiere de *"...un sistema jurídico enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas"*[107].

Tal sistema obtiene entidad real y acorde con los cometidos estatales, mediante el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, entendida ésta como la facultad de sancionar a sus colaboradores, es decir a las personas naturales que ejercen funciones públicas a través de una relación legal y reglamentaria y aún en razón de la contractual, dentro de unos específicos límites constitucionales y legales que comportan la regulación de la responsabilidad legal de los particulares que desempeñen funciones públicas y de los servidores públicos, así como la forma de hacerla efectiva (C.P., arts. 123, 124, 125, 150-23 y 277).

Para adoptar un desarrollo legislativo sobre la materia, pretendiendo unificar la diversidad de regímenes disciplinarios, se expidió por el Congreso de la República la Ley 200 de 1995 o Código Disciplinario Único (C.D.U.), a fin de que todos los servidores públicos -salvo los exceptuados constitucionalmente como en el evento de la fuerza pública (C.P., arts. 217 y 218)-, pudieran contar con un régimen que regulara lo relativo a sus derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, faltas, sanciones y procedimientos para tramitarlas, entre otros aspectos. Cada uno de los referidos temas obtuvo en dicha normatividad el tratamiento legal respectivo, y es precisamente en lo concerniente a las sanciones, en especial a las accesorias (capítulo segundo del Título III), hacia donde se dirige el cargo de inconstitucionalidad que hoy ocupa la atención de la Corte, por desconocimiento, según el actor, de los principios del debido proceso y de

legalidad, toda vez que se cuestiona la falta de determinación de la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas (art. 30, num. 1o., parágrafo.), para efectos de su imposición.

---

[107] Sentencia C-417/93, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Previo al estudio de la cuestión de fondo, cabe señalar que la Carta Política de 1991, a través de su normatividad, consagra la prevalencia de los derechos y garantías fundamentales substanciales de las personas, dentro de los cuales el derecho al debido proceso obtiene un reconocimiento especial que interesa en el presente estudio, dado que *"(...) se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata (arts. 29 y 85), que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten.".*[108]

Así pues, aparece como consecuencia inmediata de la vigencia de este derecho, el deber de adelantar los juzgamientos de las personas según las leyes preexistentes al acto que se les imputa, mediante autoridades competentes, imparciales e independientes, con observancia de las formas propias de cada juicio, con determinación de la responsabilidad de la conducta investigada, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y la imposición proporcionada de las correlativas sanciones.

Por lo tanto, dentro del marco constitucional establecido en el artículo 29 superior, se tiene que las garantías mínimas del debido proceso deben aplicarse en las actuaciones administrativas, como ocurre con aquellas tendientes a cumplir con la finalidad de la investigación disciplinaria, en cuanto participan de dicha connotación administrativa, en virtud de la naturaleza misma de las autoridades que la instruyen y de las faltas y sanciones que la comprenden, con la consiguiente facultad sancionatoria que presenta y que

hace que los principios del derecho penal, como los relativos a la presunción de inocencia, la defensa técnica, la publicidad procesal, la imparcialidad, la presentación y contradicción de las pruebas, y el principio de legalidad, entre otros, se apliquen *"...mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento,..."*[109], así como, para ejercer un control sobre la potestad punitiva del estado en el ámbito de lo disciplinario.

Ahora bien, en el asunto materia de examen constitucional se observa que la Ley 200 de 1995 (C.D.U), en los artículos 28, 29 y 30, clasifica las sanciones disciplinarias en principales y accesorias, presentando una relación de las mismas y estableciendo en el

---

[108] Sentencia C-540/97, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

[109] Sentencia C-280/96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

artículo 30 que configuran sanciones accesorias “las inhabilidades para ejercer funciones públicas en la forma y términos consagradas en la Ley 190 de 1995”.

Cabe recordar aquí, que dicha clasificación proviene de la categorización general de la doctrina penal que identifica a las sanciones de naturaleza principal como autónomas y a las accesorias como aquellas que dependen o acceden a las anteriores. Es así como el parágrafo del artículo 30, demandado, determina una sanción constitutiva de inhabilidad para ejercer funciones públicas, en forma accesoria a la sanción principal que se le impone al inculpado, cuya conducta hubiese originado una falta disciplinaria.

Acerca de las sanciones accesorias dentro del régimen penal y el disciplinario esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

> “2.2. El Código Penal, teniendo en cuenta la importancia o entidad de las penas, las clasifica en principales (prisión, arresto y multa, art. 41), según que se impongan de manera autónoma, a consecuencia de una infracción penal, y accesorias (restricción domiciliaria, pérdida de empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, etc., art. 42), cuando suponen una pena principal a la cual se unen o acceden.[110]
>
> También la ley 200 de 1995, "Código Disciplinario Único", con el mismo criterio, establece para los infractores de las normas disciplinarias sanciones principales (amonestación escrita, multa, suspensión de funciones, terminación del contrato de trabajo de prestación de servicios, remoción, desvinculación del cargo según el artículo 278 de la Constitución, pérdida de la investidura para miembros de las Corporaciones públicas, etc., art. 29), y sanciones accesorias, que están previstas en el artículo 30.
> (....)
> 2.3. Observa la Corte, que ciertas inhabilidades, como se vio antes [refiriéndose a la de ejercer funciones públicas], sólo pueden surgir como consecuencia de condenas impuestas a través de sentencias judiciales, o bien de decisiones adoptadas en procesos disciplinarios, en virtud de las cuales se deduce la responsabilidad por un hecho ilícito o por la comisión de una falta disciplinaria.”.
> (...)
> La sanción consistente en la inhabilitación mencionada, constituye una pena accesoria, que es consecuencia de la responsabilidad deducida dentro del correspondiente proceso penal o disciplinario, y que comporta naturalmente la imposición de una pena principal.
>
> Y juzgada la conducta penal o disciplinaria y, establecida por consiguiente la correspondiente responsabilidad, se ha asegurado dentro de la respectiva actuación procesal el derecho al debido proceso, que cobija tanto a la imposición

---

110 Reyes Echandia, Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Externado, 1981, p.p. 369.

de la pena principal como la de la accesoria.".(Sentencia C-631 de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.).

Pues bien, al estudiar los argumentos esgrimidos para sustentar la censura constitucional, se observa que estos hacen referencia al desconocimiento del debido proceso, por violación del principio de legalidad, en la mencionada sanción accesoria que allí mismo se estipula para la conducta objeto de censura disciplinaria, en cuanto no presenta una delimitación cuantitativa de la pena, es decir que, según el actor, no reúne los elementos esenciales de la "tipicidad" ya que no sólo las faltas deben estar señaladas sino que también las sanciones deben estar predeterminadas.

Entonces, no se cuestiona propiamente la definición de la inhabilidad para ejercer funciones públicas como sanción accesoria por violación al régimen disciplinario, asunto que, a propósito, ya fue resuelto por esta Corporación en la sentencia C-310 de 1997, con ponencia del magistrado Dr. Carlos Gaviria Díaz, cuando esta Corporación declaró la exequibilidad del numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995, precisándose en ella que la misma constituye un desarrollo acertado de una competencia legislativa. Por el contrario, para el demandante algunos de los presupuestos de aplicabilidad de la sanción, contenidos en el parágrafo demandado, contradicen el ordenamiento superior en los apartes que disponen, de un lado, imponer dicha inhabilidad a los destinatarios de la ley como consecuencia de las faltas graves o gravísimas y, del otro, respecto de la potestad de señalamiento del fallador de la vigencia de la sanción, cuando quiera que la sanción principal la contemple, es decir, por la vulneración al principio de legalidad que supone la individualización de esa pena, que a su vez restringe la facultad sancionatoria del Procurador General de la Nación.

Conviene ante todo aclarar que el mencionado principio de legalidad debe tener suficiente validez y receptividad dentro del proceso administrativo sancionatorio, para brindar *"... seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos (lex previa) que establezcan de manera clara (lex certa) las conductas infractoras y las sanciones correspondientes",* y no admite, en el campo de las actuaciones administrativas, desconocimientos a sus contenidos mínimos esenciales en relación con su legalidad formal y tipicidad, a pesar de las restricciones ordinarias a las cuales se someten los derechos de los administrados, debido a la relación y sujeción que mantienen con el Estado[111].

De esta forma, el sometimiento a dicho principio permite desarrollar otro igual de necesario en el campo procesal del derecho sancionatorio disciplinario, como es el de la tipicidad, *"... según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta..."* [112] (Subraya fuera del texto).

---

[111] Ver la Sentencia T-145/93, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[112] Sentencia C-280/96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

En ese sentido, aparentemente, la impugnación que plantea el actor tendría cabida, ya que ciertamente el parágrafo del numeral 1o. del artículo 30, acusado, no precisa la temporalidad de la respectiva sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas, situación que podría dar lugar a excesos en la dosificación punitiva; sin embargo, no se puede pasar por alto, que la misma Ley 200 de 1995 agrupa una serie de normas que en forma sistemática regulan los distintos aspectos relacionados con el régimen disciplinario de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas, mediante el señalamiento de principios rectores y regulaciones específicas de los distintos temas que la componen, que hacen que dicho texto legislativo no pueda ser interpretado en forma aislada,

autónoma y desarticulada, sin la coherente referencia de la parte pertinente a la integralidad normativa, de manera sistemática.

Comoquiera que la regulación inicial de carácter general del CDU. (Título I, capítulo único) consagra una serie de principios rectores referentes, *Vg.*, a los principios de legalidad, debido proceso, presunción de inocencia, cosa juzgada, favorabilidad, finalidad de la ley y de las sanciones disciplinarias y su prevalencia, se deduce como consecuencia lógica de interpretación legislativa, la aplicación de los efectos que genera en todo el texto, subordinando los alcances de sus contenidos normativos, de manera que, cobren vigencia al momento en que el fallador realice la labor de evaluación y aplicación del precepto de orden disciplinario, de conformidad con el espíritu y propósito legal que impulsó su expedición.

Lo anterior significa que el legislador, al disponer en dicha normatividad disciplinaria el imperio de principios rectores, incluyendo los de índole constitucional, penal y administrativa, para efectos de la interpretación y aplicación normativa, a fin de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos (arts. 17 y 18), integró los asuntos que, en otros ordenamientos legales, se relacionan con la concreción de la respectiva sanción, derivada de la conducta reprobable en materia disciplinaria.

De consiguiente, el investigador de la falta disciplinaria, al momento de aplicar la inhabilidad para ejercer funciones públicas en los casos que la sanción principal la comporte, deberá resolver acerca de su duración, remitiéndose a la legislación penal, para lo cual la Sala advierte que en ningún momento la sanción accesoria podrá exceder la principal, situación que deberá definirse al momento de adoptar la correspondiente decisión.

Con base en lo expuesto se colige lo siguiente:

a.) No obstante la remisión que se hace a la legislación penal, con el propósito de realizar la adecuación de la conducta castigada para efectos punitivos la pena aplicable continúa manteniendo su carácter administrativo, disciplinario y sancionatorio, dada la

unidad que integra con las sanciones principales que surgen del mandato consagrado en el artículo 29 del C.D.U., pertenecientes a un mismo régimen disciplinario;

b.) Por estar plenamente habilitado por la Constitución, el legislador puede conformar un marco normativo para el tratamiento de las conductas susceptibles de ser sancionadas, a partir de disposiciones localizadas en otros ordenamientos, siempre que presenten conformidad material y estén ajustadas a las formalidades pertinentes, como ocurre en el asunto bajo análisis, consagrando así en forma expresa la determinación misma de una pena;

c.) En la labor de interpretación de una norma legal debe primar aquella que mejor se acomode a los principios y valores constitucionales, sin abusar de su propósito y literalidad, y haciendo prevalecer, como bien se anota en el concepto fiscal, la vigencia del principio de conservación del derecho[113], como producto de la función del legislador, el cual informa la labor de control constitucional que adelanta esta Corporación, respecto de las leyes proferidas por el Congreso de la República en ejercicio de su competencia.

Así, pues, bajo la necesaria interpretación integral de la Ley 200 de 1995 en armonía con el Código Penal (Decreto ley 100 de 1980), surge la aplicación constitucional del principio de legalidad y de la tipicidad en la adopción de la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas del numeral 1o. del artículo 30 de esa Ley, en lo concerniente a la determinación de la sanción que debe ser impuesta. Por ello, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, deberá tenerse en cuenta, no sólo la descripción previa de las faltas disciplinarias, sino también de los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas[114], dado que los aspectos cualitativos y cuantitativos de dicha sanción han sido definidos legalmente; el primero, como de naturaleza accesoria y, el segundo, mediante un límite máximo, claro y preciso, que sujeta la labor de tasación de la pena por el fallador, en desarrollo del principio de que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (C.P., art. 230), debido a la potestad reglada que ejercen.

Igualmente, la inconformidad del accionante referente al establecimiento de la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas como consecuencia de faltas graves o gravísimas, no contraviene ninguna norma superior, toda vez que la regulación en esa dirección, forma parte de las materias propias de la competencia normativa del legislador, de conformidad con la facultad para establecer el régimen de responsabilidad de los particulares que desempeñen funciones públicas y de los servidores públicos, consagrada en los artículos 123 y 124 de la Constitución Política.

Por las mismas razones anotadas, tampoco tiene fundamento ni sustento, a juicio de esta Corporación, la afirmación que se plantea en el libelo, según la cual la falta de

---

113 Ver la Sentencia C-100/96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

114 Ver la Sentencia C-417/93, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

tipicidad respecto de la sanción accesoria disciplinaria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, afecta la facultad del Procurador General de la Nación para ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas y de imponer, por si o por medio de sus delegados, sanciones conforme a la ley (C.P., art. 277-6).

En consecuencia, los cargos formulados contra los apartes demandados del parágrafo del numeral 1o. del artículo 30 de la Ley 200 de 1995 deberán ser rechazados, por no haberse encontrado el quebrantamiento de los principios de legalidad y tipicidad en la sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas que allí se consagra, razón por la cual se declarará la exequibilidad de los mismos, en la parte resolutiva de esta providencia.

Artículo 38. ***Otras inhabilidades.*** También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

Jurisprudencia: El numeral 1° del artículo 43 de la Ley 200 en similar sentido establecía: "Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos salvo que estos últimos *hayan afectado la administración pública."* Los textos subrayados y en letra itálica fueron objeto de los siguientes fallos:

1. – El texto subrayado fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-111/98** "en el entendido de que ella no es aplicable a los servidores de la Rama Judicial, pues para éstos ha sido consagrada norma especial y posterior sobre inhabilidades -el artículo 150 de la Ley 279 de 1996 -, que señala de manera taxativa las vigentes para ejercer cargos dentro de ella.

2. – La expresión *hayan afectado la administración pública* fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-280/96**, "siempre y cuando se entienda que ésta hace referencia a los delitos contra el patrimonio del Estado".

En seguida se transcriben los apartes pertinentes:

SENTENCIA C-111/98

INHABILIDADES - Condenas por delitos como causal de inelegibilidad

Ahora bien, ya la Corte ha definido que la preexistencia de condenas por delitos, concebida como causa de inelegibilidad para el desempeño de cargos públicos sin límite de tiempo, no desconoce el principio plasmado en el artículo 28 de la Constitución -que prohibe la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad-, puesto que el objeto de normas como la demandada, más allá de castigar la conducta de la persona, radica en asegurar, para hacer que prevalezca el interés colectivo, la excelencia e idoneidad del servicio, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo. Bajo el mismo criterio, se aviene a la Constitución la exigencia de no haber sido sancionado disciplinariamente, ni suspendido o excluido del ejercicio profesional.

Los preceptos de esa índole deben apreciarse desde la perspectiva del requisito que exige el cargo, en guarda de la inobjetabilidad del servidor público (especialmente en cuanto se trate de funciones de gran responsabilidad) y como estímulo al mérito, para que la sociedad sepa que quienes conducen los asuntos colectivos, o cumplen una actividad de manejo de intereses generales, no han quebrantado el orden jurídico, lo que permite suponer, al menos en principio, que no lo harán en el futuro.

SENTENCIA C-280/96

INHABILIDADES - Haber sido condenado a pena privativa de la libertad

INHABILIDADES - Haber sido condenado a pena privativa de la libertad por un delito culposo que haya afectado a la administración pública

22- El actor acusa la expresión "salvo que estos últimos hayan afectado la administración pública" de la inhabilidad consagrada por el ordinal 1º del artículo 43, por cuanto considera que viola la tipicidad. Ahora bien, para comprender adecuadamente el sentido de esta expresión, la Corte comenzará por analizar globalmente el ordinal del cual hace parte.

Este ordinal impide el acceso a cargos públicos a todo aquel que haya "sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos salvo que estos últimos hayan afectado la administración pública." Como bien lo señala la Vista Fiscal, para su mejor entendimiento, esta disposición debe ser descompuesta, puesto que ella consagra una inhabilidad (ser

condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad) con una excepción (excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos) y una excepción a la excepción (salvo si los delitos culposos han afectado a la administración pública). Ahora bien, esta excepción a la excepción configura una nueva inhabilidad, puesto que significa que no podrán desempeñar cargos públicos quienes hayan sido condenados a pena privativa de la libertad por un delito culposo que haya afectado a la administración pública.

23- Es claro que la inhabilitación para ejercer cargos públicos por haber cometido un delito constituye una pena, pues así la define con precisión el ordinal 3º del artículo 42 del Código Penal, que dice que la interdicción de derechos y funciones públicas es una pena accesoria cuando no se establezca como principal. Por consiguiente, en primer término, estudia la Corte el cargo del actor relativo a si la expresión "haya afectado la administración pública" respeta el principio de tipicidad (CP art. 29) y la Corte concluye que es una expresión ciertamente ambigua, por cuanto esa afectación puede ser de múltiples formas. Incluso podría decirse que todo delito, en tanto violación de un bien jurídico protegido por el Estado, afecta de alguna manera la administración pública. Sin embargo, la Corte coincide con la Vista Fiscal en que esa ambigüedad no comporta la inexequibilidad de la expresión, por cuanto ella puede ser interpretada a la luz del artículo 122 de la Carta, que habla, de manera más precisa, de delitos contra el patrimonio del Estado. En ese orden de ideas, como todo delito contra el patrimonio del Estado afecta la administración pública, es natural entender que el Legislador incluyó este tipo de delitos en la expresión acusada, pero también generó una indeterminación inadmisible debido a la vaguedad de la misma. Por consiguiente, y teniendo en cuenta que esta Corporación ya ha señalado que uno de los criterios que debe orientar sus decisiones es el llamado "principio de la conservación del derecho[115]", según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, la Corte declarará exequible esa expresión en el entendido de que ella hace referencia a los delitos contra el patrimonio del Estado.

24- Así precisado su sentido, podemos entonces concluir que el ordinal 1º del artículo 43 consagra dos inhabilidades para ejercer cargos públicos a saber:

- haber sido condenado a pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos, o;

- haber sido condenado a pena privativa de la libertad por un delito culposo contra el patrimonio del Estado.

Ahora bien, el actor no impugnó la primera parte del ordinal, la cual consagra la primera inhabilidad, por lo cual la Corte no se pronuncia frente a ella, por cuanto a ella no compete revisar oficiosamente leyes que no hayan sido demandadas. Y, la Corte considera que siempre y cuando se haga la precisión del numeral anterior, la segunda inhabilidad se ajusta a la Carta pues es un desarrollo del artículo 122 superior que, como bien dice la Vista Fiscal, no distingue entre delitos dolosos o culposos.

---

[115]Sentencia C-100/96. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 10.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

Parágrafo 1°. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

Jurisprudencia: La Corte Constitucional, en sentencia **C-652/03**, ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia **C-064/03**, que declaró exequible la expresión "dolosa", contenida en el artículo 38 de la presente ley.

Jurisprudencia: Parágrafo 2° declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-064/03** "en el sentido que respecto de las conductas culposas, se aplicarán las inhabilidades previstas en la ley.

SENTENCIA C-064/03

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA / RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Delitos contra el patrimonio de l Estado

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Afectación directa del patrimonio del Estado

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Ejercicio de sus funciones

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Lesión del patrimonio del Estado

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Diferencia entre delitos dolosos y culposos

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Ponderación entre principios constitucionales

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Delitos culposos

4. El análisis de los cargos

La actora acusa el parágrafo 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 tanto por la vulneración del principio de unidad de materia (art. 158 C.P.), como por el desconocimiento del mandato contenido en el inciso final del artículo 122 constitucional, que en su concepto es restringido indebidamente por el Legislador, en cuanto éste establece supuestos y requisitos para que se configure la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas de los servidores condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, que no señala dicho texto constitucional.

4.1 La norma acusada no quebranta el principio de unidad de materia

Para la actora el parágrafo acusado vulnera el artículo 158 constitucional por cuanto en su concepto se refiere a un asunto totalmente ajeno al objeto de la Ley 734 de 2002 e introduce modificaciones a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Al respecto cabe recordar que esta Corporación ha sostenido que el principio de unidad de materia no es un concepto rígido que pueda restringir de manera excesiva la tarea del legislador, sino que debe entenderse dentro de un objetivo razonable de garantizar que el debate democrático se realice en forma transparente, al tiempo que tiende a facilitar la aplicación de las normas por parte de sus destinatarios, sin que puedan aparecer de manera sorpresiva e inconsulta temas que no guardan ningún tipo de relación con las disposiciones objeto de regulación por el Congreso.

Sobre el particular ha señalado esta Corporación la importancia de determinar el núcleo temático de la ley objeto de análisis y la conexidad de éste con las disposiciones atacadas[116] para establecer si existe una relación causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma. Al respecto ha dicho:

> *"Esta Corporación en múltiples pronunciamientos se ha referido al principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política. Al respecto ha sostenido "que la razón de su exigencia constitucional tiene como único propósito evitar las incongruencias legislativas que aparecen en forma súbita, a veces inadvertida e incluso anónima, en los proyectos de ley, las cuales no guardan relación directa con la materia específica de dichos proyectos. Estas incongruencias pueden ser, entonces, el resultado de conductas deliberadas que desconocen el riguroso trámite señalado en la Constitución para convertir en ley las iniciativas legislativas."*[117]
>
> *Ahora bien, es importante resaltar que, en aras de no obstaculizar el trabajo legislativo, el principio de la unidad de materia no puede distraer su objetivo, esto es, sobrepasar su finalidad pues, "Solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley"*[118]*. En consecuencia, el término "materia" debe interpretarse desde una perspectiva "amplia, global, que permita comprender*

116 Sentencia C-501 de 2001. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

117 Sentencia C- 523 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

118 Sentencia C-025 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

diversos temas cuyo límite, es la coherencia que la lógica y la técnica jurídica suponen para valorar el proceso de formación de la ley[119]*."*[120]

Frente al caso concreto, encuentra la Corte que el precepto acusado en nada contraviene el principio de unidad de materia, toda vez que existe de manera evidente una relación teleológica y sistemática entre el eje temático de la Ley 734 de 2002 *"por la cual se expide el Código Disciplinario Único"* y el objeto de la norma acusada, a saber, la definición de lo que se entiende por delitos contra el patrimonio del Estado, para efectos de la responsabilidad disciplinaria y como presupuesto para la aplicación de la inhabilidad prevista en el inciso final del artículo 122 Superior.

Cabe recordar al respecto que como tiene señalado la jurisprudencia el tema de las inhabilidades puede ser objeto de las normas que regulan el régimen disciplinario de los servidores públicos.

Sobre el particular dijo la Corte:

"En ese orden de ideas, si bien es inconstitucional que el Ejecutivo establezca inhabilidades cuando le fueron concedidas facultades únicamente para modificar el régimen disciplinario, pues en sentido estricto las inhabilidades no hacen parte del tal régimen, en cambio es perfectamente admisible que una ley disciplinaria regule también las inhabilidades pues existe entre estos temas una conexidad temática e instrumental razonable, que permite considerarlos como una misma materia, pues la violación del régimen disciplinario puede configurar una inhabilidad y, a su vez, el desconocimiento de las inhabilidades puede configurar una falta disciplinaria. No hay pues violación de la unidad de materia, por lo cual entra la Corte a estudiar materialmente la inhabilidad acusada"[121]*.*

Así las cosas, resulta claro que en el presente caso no se desconoce el principio de unidad de materia (art. 158 C.P.), pues lo que se regula en el parágrafo demandado, cuyo objeto contrariamente a lo que afirma la actora, no es el de reformar las normas penales, guarda relación con la materia dominante regulada en la ley de que hace parte, por lo que la Corte rechazará el cargo planteado en la demanda en este sentido.

4.2 El Legislador no vulneró la libertad de configuración

Tanto la apoderada de la Auditoría General de la República como la Procuradora Delegada del Ministerio Público para asuntos penales afirman en sus intervenciones que el Constituyente no sujetó la inhabilidad establecida en el inciso final del artículo

---

119 Sentencia C- 523 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

120 Sentencia C-565/97 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

121 Sentencia C-280/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero

122 Superior a condiciones fijadas por la ley y que en este sentido dicho texto constitucional no admite ningún desarrollo por parte del Legislador.

Frente a este argumento, si bien no planteado por la actora en su demanda, la primera cuestión que debe resolverse por la Corte es la de sí el Legislador tiene competencia para desarrollar el texto del inciso final del artículo 122 constitucional; a lo que la Corte debe responder claramente que sí, como ya tuvo oportunidad de precisarlo con anterioridad.

Al respecto esta Corporación recuerda que "el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a este corresponde hacer las leyes"[122].

La Corporación considera pertinente recordar también que en oportunidades anteriores ha examinado la razón de ser de la potestad de configuración política del Congreso (arts 1º, 3º, 8º y 150 C.P.), y de los límites de la misma y ha concluido que si bien el legislador no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (art. 4º C.P.), ello no es óbice para que en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta[123].

Dicha potestad de configuración, así como la propia naturaleza de ciertos conceptos constitucionales, ha dicho la Corte, permiten precisar los alcances del control constitucional de las definiciones legislativas de las categorías constitucionales en el sentido de que el control de estas definiciones legislativas busca preservar al mismo tiempo la supremacía de la Carta y la libertad del Legislador. Por ello, ha precisado igualmente la Corporación, que el control constitucional en este campo es ante todo un control de límites, pues no puede la Corte aceptar definiciones legales que contraríen la estructura constitucional o vulneren principios y derechos reconocidos por la Carta. Pero tampoco puede la Corte interpretar la Constitución de manera tal que desconozca el pluralismo político y la posibilidad de diferentes políticas, pues la Carta es un marco de coincidencias básico, dentro del cual coexisten visiones políticas diversas[124].

En armonía con los criterios reseñados la posibilidad de desarrollo legal del inciso final del artículo 122 Superior supone entonces necesariamente el respeto de los límites que dicho artículo fija y del mandato de protección del patrimonio público que en él se contiene.

En este sentido, para la Corte lo que se desprende de la norma Superior es un mandato de protección del patrimonio público que no deja al Legislador margen diferente que el

---

122 Sentencia C-527/94 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

123 Sentencia C- 081/96. M.P . Alejandro Martínez Caballero,. En el mismo Sentido ver la Sentencia C-404/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

124 Ibídem Sentencia C- 081/96. M.P . Alejandro Martínez Caballero

necesario para aplicarlo y hacerlo efectivo, por consiguiente, dicho margen entra a formar parte de las posibilidades de configuración legislativa, precisamente para lograr la plena realización de la norma constitucional.

Quedó demostrado en líneas anteriores que el inciso final del artículo 122 del Estatuto Supremo guardó silencio sobre aspectos relevantes tanto para la efectividad de las inhabilidades como para la protección de los derechos de las personas. Quedó planteado también, como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, que cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador.

De donde se puede concluir de manera válida que el Congreso de la República es competente para desarrollar todos aquellos elementos que son necesarios para lograr el fin perseguido por el Constituyente. Siendo así, esta Corporación encuentra que el cargo formulado debe ser desechado al no quebrantarse disposición alguna de la Carta Política.

4.3 El Legislador desarrolló en forma legítima el inciso final del artículo 122 constitucional

De acuerdo con el parágrafo acusado, para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política:

> *"(...) se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.*
>
> *Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado." (subrayas fuera de texto)*

La Corte estima pertinente analizar por separado los desarrollos introducidos por el Legislador a la figura de las inhabilidades de los servidores públicos que sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, que se concretan en que i) los delitos deben atentar de manera directa contra el aludido patrimonio, ii) se requiere de la lesión del patrimonio estatal y iii) que el servidor público haya sido condenado por esos delitos a título de dolo.

Se considera por la demandante, para alegar la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada, que el Constituyente no distinguió los tipos de delitos en relación con el bien jurídico, ni el grado de culpabilidad del sujeto activo del delito, y que además el

patrimonio del Estado puede sufrir un "*perjuicio indirecto previsible*", por lo que dichas distinciones no son razonables.

4.3.1 Los delitos deben atentar contra el patrimonio del Estado y ser cometidos por servidor público en ejercicio de sus funciones

Sobre este punto se observa, en primer lugar, que no hay definición constitucional de patrimonio del Estado, lo que obliga a acudir a los criterios generales señalados en la Carta Política sobre el particular. Por otro lado, la Corte considera que no es posible asimilar o confundir el concepto de patrimonio privado con el de patrimonio del Estado, puesto que éste involucra formas de propiedad como los bienes de uso público (C.Pol., art. 63), el patrimonio ecológico, el genético (C. Pol., arts 8°, 79 y 80), el patrimonio cultural, el arqueológico (C. Pol., arts 63 y 72) que no se asemejan a las formas de propiedad privada, precisamente porque tienen características diversas y persiguen fines distintos y se encuentran bajo la especial protección del Estado. Por tal razón, el concepto de patrimonio del Estado es propio del Derecho Público, lo que lógicamente se desprende del tipo de relación que surge sobre esos bienes, que no es igual al que tienen los particulares sobre la propiedad privada.

A juicio de esta Corporación la distinción introducida por el Legislador, con base en el margen de configuración normativa que le otorga la Constitución con el objeto de no abarcar con la mencionada inhabilidad los delitos que de manera indirecta afectan el patrimonio estatal, es legítima y no desborda ninguna disposición constitucional, en la medida en que busca proteger dicho patrimonio de modo principal y no de modo secundario o accesorio, como efecto de la violación de otros bienes jurídicos. Por tal motivo, es justificado, desde el punto de vista constitucional, no dar un tratamiento similar a quienes se encuentran en supuestos diversos, dado que se quebrantaría los principios de justicia e igualdad, que prohiben ese proceder.

Así mismo, los delitos cometidos por el servidor público contra el patrimonio del Estado, para ser considerados como tales tienen que ser cometidos en ejercicio de sus funciones, por tratarse de un sujeto activo calificado, conforme a lo previsto en el artículo 20 del Código Penal[125], de suerte que su comisión en otra calidad no está comprendida en el citado texto constitucional. En consecuencia, se requiere que las funciones desempeñadas por el servidor público aparejen una relación con dicho patrimonio, por ejemplo, administrador, operador o depositario de ellos.

4.3.2 Se requiere lesión del patrimonio estatal

---

[125] ART.---Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que él mismo consagra. A juicio de la Corte tal exigencia no implica una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior.

4.3.3 Se exige que el servidor público sea condenado por esos delitos a título de dolo

La demandante, así como los diferentes intervinientes en el presente proceso, consideran que la disposición acusada al establecer que sólo los delitos contra el patrimonio del Estado ocasionados por una conducta dolosa generan la inhabilidad prescrita en el artículo 122 Superior es irrazonable y quebranta el mandato de protección al patrimonio estatal que la mencionada norma constitucional consagra.

La Corte considera que la diferencia entre delitos dolosos y culposos no es indiferente para el Constituyente, de tal manera que esa distinción es utilizada por él en distintas disposiciones de la Carta para dar un tratamiento proporcional con el tipo de responsabilidad que esas conductas aparejan. Así, en materia de inhabilidades para ser congresista se tiene en cuenta como criterio relevante de distinción la modalidad de la conducta punible, debido a que si la persona fue condenada en cualquier época por delitos dolosos quedará inhabilitada, en cambio si la conducta fue culposa queda exceptuada de la inhabilidad, tal como se desprende del numeral 1° del artículo 179 de la Constitución. De igual manera sucede con las inhabilidades para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (C.P., art. 232-3) y para ser diputado de las Asambleas Departamentales (C.P., art. 299).

Sobre este punto es pertinente anotar la diferenciación entre conductas punibles dolosas y culposas. Por las primeras se entienden aquellos en los cuales el agente conoce los hechos constitutivos de infracción penal y quiere su realización, de igual forma cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no realización se deja librada al azar (Código Penal art. 22); por conductas punibles culposas, por su parte, se entiende aquellos en que el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo (Código Penal art. 23).

Como puede observarse la modalidad de la conducta del sujeto activo en esta clase de delitos es diversa: mientras en los delitos dolosos el agente dirige su conducta de manera inequívoca a producir un daño a bienes tutelados por el orden jurídico, en los delitos culposos el daño ocasionado es producto de una negligencia, imprudencia o impericia, sin que en ningún momento el autor haya querido ocasionar un menoscabo del bien tutelado por la ley. Esa circunstancia permite diferenciar claramente estas conductas delictivas, haciendo posible, también, atribuirle consecuencias jurídicas diferentes, atendiendo al principio de proporcionalidad. En síntesis, la diferencia entre las conductas punibles dolosas y culposas se explica en virtud de sus distintos contenidos de injusticia, pues mientras en las primeras existe un claro momento

subjetivo orientado a la vulneración del bien jurídico protegido, en las culposas ese momento no existe. De allí que en cumplimiento del principio de proporcionalidad las consecuencias punitivas no pueden ser -ni son en efecto- las mismas.

Esta diferenciación establecida por la Constitución fue tenida en cuenta por el Legislador en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) en desarrollo de la política criminal del Estado y con fundamento en ella otorgó un tratamiento benigno y proporcional a las conductas culposas, para la dosificación de las penas, tanto principales como accesorias, sin que por esto pueda afirmarse que desbordó los límites impuestos por la Carta Política, porque es ésta misma la que sirve de base a esa distinción.

Sobre el principio de proporcionalidad la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

> *"...El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado*[126]*.*
>
> *El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.*
>
> *En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sobre este último punto, el de la proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte en la sentencia T-422 de 1992:*
>
> *"Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga*

[126]Cf., entre otras, las sentencias T-403/92 , T-422 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-089/95, M.P: Jorge Arango Mejía

fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo"[127].

A continuación se establecerá como la regulación realizada por el Legislador se ajusta a estos parámetros.

Como quiera que es la propia Constitución la que atribuye al Legislador la facultad de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y la forma de hacerla efectiva (C.P., art. 124), puede, en consecuencia, el Legislador delimitar de manera legítima el ámbito de esa responsabilidad utilizando los mismos criterios utilizados por el Constituyente.

Cuando el inciso final del artículo 122 de la Carta Fundamental dispone que "*el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas*" no estableció una cláusula general que atribuya idénticas consecuencias a las conductas culposas y dolosas, y es así porque de acuerdo con una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales en materia de inhabilidades es razonable sostener que dichas disposiciones otorgan y permiten dar un tratamiento diverso a esas conductas, luego no puede reprochársele al Legislador el criterio de distinción utilizado por el propio Constituyente para regular los mencionados comportamientos delictivos.

Ahora bien, la inhabilidad de que trata la disposición constitucional citada es perpetua, lo que quiere decir que el servidor público que se coloque en el supuesto para imponerla no podrá en el futuro desempeñar funciones públicas, sin forma de rehabilitación alguna como forma de protección efectiva del patrimonio estatal.

En criterio de la demandante esta inhabilidad se genera por delitos contra el patrimonio estatal producto de conductas tanto dolosas como culposas, dado que esa norma constitucional no distingue, por lo que debe entenderse que no le es dado a la ley hacerlo.

A juicio de la Corte esta afirmación no tiene respaldo constitucional. Vimos como una interpretación sistemática de la Constitución otorga un tratamiento disímil a estas conductas, por tanto, no es válido sostener que el artículo 122 de la Carta atribuyó la misma consecuencia a esas conductas, pues como quedó establecido, hay un tratamiento constitucional y legal más favorable para los delitos culposos. Por tanto, no todo delito contra el patrimonio del Estado puede generar la inhabilidad prevista en su último inciso, puesto que los delitos culposos no pueden originar la inhabilidad permanente en él establecida.

Ello no significa que los delitos culposos contra el patrimonio del Estado no generen inhabilidad, porque el Legislador dentro del marco de la política criminal del Estado

---

[127] Sentencia C – 022 de 1996, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

puede atribuírsela, como de hecho sucede cuando dosifica las penas, así encontramos, entre otros delitos, que el peculado por apropiación, regulado por el artículo 397 del actual Código Penal, tiene previsto como pena principal prisión de seis (6) a quince (15) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. En consecuencia, los delitos culposos contra el patrimonio del Estado cometidos por servidores públicos en ejercicio de sus funciones pueden acarrear inhabilidades, pero no perennes o perpetuas sino las contempladas en la ley, con fundamento en la libertad de configuración del Legislador consagrada en los artículos 114 y 150 Superiores.

La Corte deja claramente establecido que los delitos culposos no están exentos de inhabilidad, ni el legislador puede eximirlos de inhabilidad, pues se estaría violando el artículo 122 de la Constitución; pues ellos deben conllevar un mínimo de inhabilidad; lo que no puede el legislador es atribuirles una inhabilidad perpetua. Existen, entonces dos limites uno hacia abajo, que consiste en que debe existir inhabilidad (o sea que no pueden quedar sin inhabilidad) y otro hacia arriba consistente en que la inhabilidad no puede ser perpetua; dentro de esos limites el legislador tiene una amplia capacidad de configuración tratándose de delitos culposos. De este modo se conjuga aquel principio con la protección del patrimonio del Estado perseguida por el Constituyente.

El legislador ya tiene establecidas inhabilidades temporales para ciertos delitos culposos; por ejemplo, el artículo 400 del Código Penal que tipifica el peculado culposo tiene una inhabilidad. El legislador podrá en el futuro modificarla, para este u otros delitos culposos.

Por estas razones, se desechará el cargo formulado y se declarará la exequibilidad de la norma acusada, en el sentido de que respecto de las conductas culposas se aplicarán las inhabilidades previstas en la ley.

Artículo 39. ***Otras incompatibilidades.*** Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

Jurisprudencia: Mediante sentencia **C-1076/02** la Corte Constitucional ordenó estarse a lo resuelto en la providencia **C-181/02** en relación con el texto subrayado.

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA - Término de duración de incompatibilidades

INCOMPATIBILIDADES DEL GOBERNADOR - Término de duración

INCOMPATIBILIDADES DEL DIPUTADO - Término de duración

INCOMPATIBILIDADES DEL CONCEJAL- Término de duración

INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE - Término de duración

INCOMPATIBILIDADES DE MIEMBROS DE JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL - Término de duración

INCOMPATIBILIDADES - Aplicables desde el momento de la elección

i) Derogación de la norma demandada

El encabezamiento del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 dispone que el término de duración de las incompatibilidades de los Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales y Miembros de las Juntas Administradoras Locales se contará a partir del momento de la elección, hasta cuando esté legalmente terminado el período.

No obstante, por disposición de la Ley 617 de 2000, dicho término fue modificado para cada uno de los cargos enumerados por el artículo 44 de la Ley 200. En ese sentido, la Ley 617 de 2000, que por virtud del artículo 96 deroga "las demás disposiciones que le sean contrarias", ha venido a reemplazar el término de duración de las incompatibilidades fijado para los funcionarios enunciados anteriormente.

Así, el artículo 32 de la Ley 617 estableció el término de duración de las incompatibilidades de los Gobernadores.

> Artículo 32. *Duración de las incompatibilidades de los gobernadores*. Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

El artículo 32 de la ley 617 fue declarado exequible por la Corte bajo el entendido que *"la incompatibilidad especial de 24 meses allí señalada no se aplica al gobernador que se inscriba como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, por tratarse de situaciones ya reguladas por los artículos 179-2 y 197 de la Constitución Política."* (Sentencia C-540 de 2001)

Por disposición del artículo 36, se estableció el término de duración de la incompatibilidad de los Diputados a las Asambleas Departamentales.

> Artículo 36. *Duración.* Las incompatibilidades de los diputados tendrán vigencia durante el período constitucional para el cual fueron elegidos. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del periodo fuere superior.

El artículo señaló el término de los Concejales:

> Artículo 43. *Duración de las incompatibilidades*. El artículo 47 de la Ley 136 de 1994 quedará así:
>
> *"Artículo 47. Duración de las incompatibilidades*. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.
>
> Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión."

El término de incompatibilidades de los Alcaldes fue prescrito por el artículo 39 de la Ley 617.

> Artículo 39. *Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital*. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.
> El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.

El artículo 39 de la Ley 617 fue declarado exequible por la Corte, condicionado a que se entienda que *"la incompatibilidad especial de 24 meses que allí se establece no se aplica al alcalde municipal o distrital que se inscriba como candidato a Presidente de la República por ser una situación ya regulada en el artículo 197 de la Constitución Política."* (Sentencia C-540 de 2001)

Finalmente, el artículo 46 hizo lo propio con el término de duración de los miembros de las Juntas Administradoras Locales.

> Artículo 46. *Duración de las incompatibilidades de los miembros de las juntas administradoras locales*. El artículo 127 de la Ley 136 de 1994 quedará así:
>
> *"Artículo 127. Duración de las incompatibilidades*. Las incompatibilidades de los miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.
>
> Quien fuere llamado a ocupar el cargo de miembro de junta administradora local, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión."

En vista de la derogación de que fue objeto la expresión del artículo 44 demandado, a esta Corporación le correspondería inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo respecto de su exequibilidad. No obstante lo anterior, dado que existe la posibilidad que algunos procesos disciplinarios estén siendo adelantados con fundamento en las normas de la Ley 200 de 1995, por referirse a hechos ocurridos bajo su vigencia, esta Corte entrará a definir la constitucionalidad de la disposición demandada. Lo anterior, sin perjuicio de que en la aplicación particular de las normas, también se dé aplicación al principio de favorabilidad.

ii) Potestad configurativa del legislador en materia de incompatibilidades

Tal como lo sugieren los intervinientes y el concepto del Procurador General, a la norma demandada le son aplicables, por razón del reproche, los criterios jurisprudenciales adoptados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Aunque la apreciación hecha por los intervinientes y la vista fiscal será atendida por la Corte, no sobra recordar que, por disposición expresa del artículo 293 de la Carta Fundamental, el legislador está autorizado para determinar *"las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales.".*

De manera particular, el artículo 303 de la Carta Política señala que *"La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores";* el artículo 299 de la Carta dispone que *"El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la Ley",* y el artículo 312 de la Constitución señala que *"La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos.* Los alcaldes y miembros de las Juntas Administradoras Locales, siendo servidores públicos elegidos por votación popular (art. 260 C.P.), también quedan sometidos a la potestad legislativa en materia de definición de inhabilidades e incompatibilidades.

Conforme con la relación anterior, la Corte Constitucional ha precisado que en materia de definición de inhabilidades e incompatibilidades, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración que sólo se restringe por expresa disposición constitucional. En este sentido, la Corte ha dicho que *"los únicos límites del Legislador para determinar los regímenes de calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos mencionados, son los parámetros establecidos de manera explícita por la misma Constitución"* y que *"cuando el Congreso ejerce dicha atribución, limitando o reglamentando el acceso a los citados cargos, no se ve afectado el derecho a la participación política, pues se trata, simplemente, de la fijación de límites razonables a la participación, en aras de proteger el interés general"*[128].

Ahora bien, este Tribunal, mediante Sentencia C-307 de 1996, hizo énfasis en el propósito central que inspira las incompatibilidades de los servidores públicos y subrayó que las normas que las establecen persiguen *"mantener la probidad del servidor público en el ejercicio de sus funciones, a través del señalamiento de impedimentos legales, relacionados con la imposibilidad del ejercicio simultáneo de dos actividades o cargos que puedan poner en entredicho la transparencia debida para el normal desarrollo de la actividad pública"*[129].

Del mismo modo, mediante pronunciamiento hecho en la Sentencia C-426 de 1996, la Corte procedió a declarar la exequibilidad de la expresión *"diputados"*, contenida en el artículo 44 que ahora se estudia, en cuanto la misma se aplica a la incompatibilidad para ser *"apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales"*. La Corte, en dicha oportunidad, determinó que la disposición se ajustaba a la Carta por cuanto, de un lado, el derecho al trabajo no es un derecho absoluto y, del otro, el fin perseguido por la norma es el de *"evitar un conflicto de intereses entre la Administración y el miembro de la respectiva corporación pública, de forma tal que el interés general prime sobre el particular, así como de garantizar que quienes en el ámbito departamental ostenten la calidad de servidor público y la representación de la comunidad, se dediquen íntegramente a la gestión pública que han asumido como Diputados a la Asamblea Departamental, a fin de lograr la eficiencia y moralidad de la administración seccional".*

En la misma providencia, la Corte asumió que el requisito de aplicar la incompatibilidad de los diputados desde el momento de la elección no pugnaba con los predicamentos constitucionales, tal como se deduce del siguiente aparte de la providencia:

> *"De lo anterior se desprende que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 200 de 1995 es aplicable a los diputados desde el momento de su elección y hace parte de su régimen disciplinario con respecto a la conducta de los mismos, y tiene como*

128 Sentencias C-194/95 (MP José Gregorio Hernández Galindo) y C-618/97 (MP Alejandro Martínez Caballero), entre otras.

129 Sentencia C-307/96

propósito fundamental asegurar la imparcialidad, celeridad, transparencia, eficacia y moralidad que debe guiar la actividad conducta y acción de quienes integran las Asambleas Departamentales como garantía del cumplimiento de los fines del Estado por parte de dichos servidores públicos." (Sentencia C-426/26. Subrayas por fuera del original)

Para recalcar en los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, la Sentencia C-194 de 1995 hizo énfasis en que el término de duración de las incompatibilidades es materia reservada al legislador, quien atendiendo a las consideraciones relativas a la moralidad y probidad de la administración pública, puede establecerlo libremente, siempre y cuando se mantenga dentro de los lineamientos constitucionales pertinentes.

Habría que resaltar que dicho pronunciamiento se dio como resultado de la demanda presentada contra el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, por la cual *"se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios",* norma que de manera idéntica al precepto que ahora se analiza, regulaba el término a partir del cual debía contarse la incompatibilidad del pretendido servidor público.

Así se refirió la Corte a dicha preceptiva:

"También ha sido objeto de demanda el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, a cuyo tenor las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección y hasta seis meses posteriores al vencimiento del período respectivo. La misma norma agrega que, en caso de renuncia, dichas incompatibilidades se mantendrán durante los seis meses siguientes a su aceptación, salvo para ser nombrado en el cargo de alcalde municipal por decreto cuando las circunstancias lo exijan. También dispone que quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

"Es indudable que al legislador corresponde, ya que es inherente a su función, determinar cuándo comienza y cuándo finaliza la vigencia de las incompatibilidades para los cargos públicos cuya regulación le ha sido encomendada por la Carta, entre ellos el de concejal.

"Tal determinación resulta, además, indispensable, por razones de seguridad jurídica, puesto que la persona elegida debe tener exacto y previo conocimiento acerca de aquello que es incompatible con la dignidad que ostenta, así como también tiene derecho a saber el momento preciso en que le es exigible la observancia de las pertinentes normas y el tiempo durante el cual se extiende su aplicación." (Sentencia C-194 de 1995)

iii) Constitucionalidad de la norma demandada

De acuerdo con las previsiones anteriores, para la Corte es claro que el establecimiento de una incompatibilidad como la consagrada en la norma que se demanda constituye

una medida razonable que ha sido avalada –además- por la jurisprudencia constitucional, en tanto que la misma es expresión de la libertad configurativa del legislador y tiene por objetivo la guarda de la integridad de la administración pública.

En estos términos, no resulta desproporcionado que el legislador haya optado por fijarla desde el momento de la elección del servidor público pues, atendiendo a la expectativa previsible que una elección representa para quien resulta favorecido por ella, cabe imaginar que una persona podría incurrir en actos incompatibles con el recto funcionamiento de la administración pública desde el instante mismo en que se lo reconoce como futuro detentador de la función pública. No es reprochable entonces que, en virtud de dicha expectativa, se le exija el comportamiento ético que se le exigiría a un servidor público posesionado de su cargo.

En vista de las consideraciones anteriores, esta Corporación declarará exequible el aparte demandado de la norma, pero únicamente en lo que respecta a la expresión *"desde el momento de su elección".* La Corte se inhibe de emitir pronunciamiento en relación con la frase, *" y hasta cuando esté legalmente terminado el período"* porque contra la misma el actor no formuló cargo alguno.

Jurisprudencia: El numeral 1° del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 en similar sentido establecía: "Los *gobernadores, diputados, alcaldes,* concejales y miembros de las juntas administradoras locales desde el momento de la elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período, así como los que reemplace el ejercicio del mismo, no podrán:"

Los textos subrayados, en letra itálica y entre comillas fueron objeto de los siguientes fallos cuyos apartes sustanciales se transcriben a continuación:

1.- El texto "concejales y miembros de las juntas administradoras locales" fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-307/96**.

2.- La palabra "*diputados"* fue declarada CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-426/96** "siempre que se entienda que la incompatibilidad allí establecida para los Diputados, se refiere a las controversias y asuntos en los que se discutan intereses del Departamento, o aquellas que deban ser decididas por una entidad administrativa del orden departamental".

3.- Las expresiones en letra itálica "*gobernadores"* y "*alcaldes"* fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional en sentencia **C-559/96**.

SENTENCIA C-307/96

INCOMPATIBILIDADES DE CONCEJAL Y MIEMBROS DE JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL / CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO

INCOMPATIBILIDADES DE CONCEJAL Y MIEMBROS DE JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL - Ejercicio de profesión de abogado

2.1 Régimen disciplinario de los servidores públicos

De conformidad con el artículo 6o. de la Constitución Política, todos los servidores públicos -miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado (art. 123 de la C.P.)- son responsables ante las autoridades no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Esta responsabilidad general regulada por la Carta Fundamental, puede traducirse de conformidad con los diversos controles que prevé la organización constitucional para el adecuado funcionamiento del Estado, en una responsabilidad política, penal, civil, fiscal o disciplinaria del servidor público. En este último caso, dicha responsabilidad se refleja en las distintas sanciones que puede llegar a imponerle la Administración -previo el cumplimiento de un proceso administrativo-, como consecuencia del desconocimiento de sus deberes y obligaciones, o la inobservancia de las prohibiciones e incompatibilidades establecidas por la Constitución y las leyes, las cuales están dirigidas a fijar condiciones razonables para un adecuado y eficaz desempeño de la función pública.

El régimen sancionatorio de la conducta desplegada por los servidores públicos -derecho disciplinario-, pretende entonces regular las relaciones que se presentan entre éstos y la Administración, de modo que la función administrativa, que se encuentra al servicio de los intereses generales, se desarrolle en estricto cumplimiento de los principios de imparcialidad, celeridad, transparencia, eficacia y moralidad exigidos por el artículo 209 de la Constitución Política.

El artículo 123 de la Constitución Política, incluyó ciertamente a los miembros de las corporaciones públicas -como los concejos y las juntas administradoras locales- entre los servidores públicos, y estableció, como principio general, el que éstos se encuentran al servicio de la comunidad y ejercerán sus funciones de conformidad con la Constitución, la ley y los reglamentos. Así mismo, el artículo 133 del mismo ordenamiento señala que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa, representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común,

confirmando la finalidad querida con la imposición de un régimen disciplinario que como se dijo, es el de defender los intereses generales y el beneficio de la comunidad.

En relación con las incompatibilidades, éstas hacen parte del régimen disciplinario y buscan mantener la probidad del servidor público en el ejercicio de sus funciones, a través del señalamiento de impedimentos legales, relacionados con la imposibilidad del ejercicio simultáneo de dos actividades o cargos que puedan poner en entredicho la transparencia debida para el normal desarrollo de la actividad pública.

En la Sentencia C-349 de 1994, esta Corporación se refirió al sentido de las incompatibilidades para desempeñar ciertos cargos y sobre el particular afirmó:

> *"La incompatibilidad significa imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades. Dada la situación concreta del actual ejercicio de un cargo -como es el de congresista para el caso que nos ocupa- aquello que con la función correspondiente resulta incompatible por mandato constitucional o legal asume la forma de prohibición, de tal manera que, si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla." (Magistrado, Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).*

La condición de servidor público que cobija también, como se ha dicho, a los concejales y a los miembros de las juntas administradoras locales, le da a la persona que ejerce la función, una gran capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros públicos o deciden asuntos de Estado, con lo cual se podría generar un conflicto de intereses entre dichos servidores y la Administración, en perjuicio del interés general y de los principios que regulan la función pública. El objetivo de esas disposiciones resulta entonces bastante claro, en cuanto que trata de impedir que se mezcle el interés privado del servidor público, con el interés público, y evitar, por tanto, que pueda valerse de su influencia, para obtener cualquier provecho en nombre propio o ajeno.

Ahora bien, con relación con la facultad de fijar condiciones razonables para el desempeño de la función pública, debe señalarse que ésta emana de la cláusula general de competencia contenida en el artículo 150 numeral 23 de la Constitución Política, que permite al legislador "*Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos".* Disposición que, a su vez, es concordante con el artículo 293 del mismo ordenamiento Superior, el cual delega expresamente en la ley la determinación de las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los ciudadanos elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales.

2.2 La norma acusada

Tal como se expresó en el acápite correspondiente a los fundamentos de la demandada, el actor considera que el literal b) del artículo 44 de la Ley 200 de 1995, desconoce los derechos a la igualdad, al trabajo, a la libertad de escoger profesión u oficio y a los derechos adquiridos, reconocidos en los artículos 13, 25, 26 y 58 de la Constitución Política. Considera que ella establece una incompatibilidad entre el ejercicio de la profesión de abogado como apoderado o gestor ante autoridades administrativas y jurisdiccionales, y los cargos de concejal o miembro de junta administradora local.

Para el impugnante, al no especificar si la prohibición sólo es aplicable ante las entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales de la municipalidad donde se ejerce como concejal o miembro de la junta administradora local, la norma está abarcando todos los espacios jurisdiccionales y de la administración -nacional, departamental y municipal-, en los cuales ninguna injerencia poseen o pueden llegar a poseer dichos servidores públicos; de esta manera se impide que los concejales y miembros de las juntas administradoras locales que sean abogados, puedan ejercer la profesión, lo cual considera “aberrante”, si se tiene en cuenta que los primeros sólo reciben honorarios por sesión y los segundos no tienen derecho a ningún tipo de remuneración.

Sobre el particular debe señalarse que, a nivel municipal, es también determinante que quien tiene a su cargo el ejercicio de una función pública y, por ende, la representación de los intereses generales de la comunidad, se dedique en forma íntegra a realizar la gestión que le ha sido encomendada, sin que pueda valerse de la posición que ocupa para obtener beneficios o provechos particulares.

Sin embargo, para comprender el verdadero alcance de la incompatibilidad descrita en la norma acusada, es necesario que ésta sea analizada en concordancia con las otras disposiciones que regulan la materia, y no en forma aislada como lo hace el impugnante en la demanda. Ciertamente, la razón de ser de su interpretación integral, encuentra pleno respaldo en la propia Ley 200 de 1995, que en su artículo 42 permite que sean incorporadas a su ordenamiento las incompatibilidades e inhabilidades contenidas en otros reglamentos. Obviamente dicha incorporación debe ser entendida de conformidad con las reglas de interpretación normativa contenidas en el artículo 2o. de la ley 153 de 1887 y en el artículo 5o. de la ley 57 de 1887, en cuanto que las normas inocorporadas no resulten incompatibles con las disposiciones que reglamentan la materia en dicha ley.

Efectivamente, el artículo 42 de la Ley 200 de 1995, señala expresamente:

> *"**ARTICULO 42. LAS INHABILIDADES**. **Se entienden incorporadas a este Código las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos."** (Negrillas fuera de texto).*

Pero no sólo el artículo 42 de la citada ley permite inferir la interpretación integral. El propio artículo 44 demandado, refiriéndose a las incompatibilidades descritas en el numeral primero (1o.), dispone en su numeral segundo (2o.) que estas son aplicables, "***Salvo las excepciones constitucionales y legales y el ejercicio de la docencia universitaria hasta por ocho horas semanales dentro de la jornada laboral***."

En éstos mismos términos se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, cuando referiéndose a la interpretación de los artículos 42 y 44 de la ley 200 de 1995, señaló:

> *"Al establecer el artículo 42 de la Ley 200 de 1995, que se entienden incorporadas las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos, se entiende que salvo la primera, las demás lo son en cuanto no resulten incompatibles con las disposiciones que sobre la materia establece dicho Estatuto, el cual por ser posterior y de carácter especial prima sobre disposiciones anteriores..."*
>
> *Una interpretación armónica del artículo 44 permite inferir que la salvedad sobre las 'excepciones constitucionales y legales' consignadas en el numeral 2o., está referida no solo al ejercicio de la docencia por más de ocho horas semanales dentro de la jornada laboral, sino a las prohibiciones generales que trae el numeral primero, porque como se anotó, la incorporación en el 'Código Disciplinario Unico' de las 'incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos' (art. 42), comprende no sólo el catálogo de prohibiciones sino sus excepciones en lo que no fuere incompatible." (Pronunciamiento de 6 de diciembre de 1995, Consejero Ponente, doctor Roberto Suarez Franco).*

De acuerdo con lo anterior, cabe advertir, que las incompatibilidades establecidas para los concejales y miembros de las juntas administradoras locales señaladas en la Ley 136 de 1994 -"por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"-, hacen parte integral del régimen disciplinario único, pues lejos de ser contrarias a su espíritu, son complementarias, en cuanto desarrollan la incompatibilidad que en forma general se encuentra descrita en el literal acusado.

Efectivamente, el artículo 45 y 46 de la ley 136 se refiere en forma expresa a las incompatibilidades y excepciones de los concejales y el artículo 126 y 128 del mismo ordenamiento, a las incompatibilidades y excepciones de los miembros de las juntas administradoras locales. Así, si a estos servidores públicos les está prohibido aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, vincularse como trabajadores oficiales o contratistas, **ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio** (o ante quienes administren tributos procedentes del mismo para el caso de los concejales), celebrar contratos o **realizar gestiones con funcionarios municipales,** así mismo, les está permitido directamente o por medio de apoderado, intervenir **"en las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos**

tengan legítimo interés", y **"ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público."**(artículos 46 y 128 de la ley 136 de 1994).

En este último caso, con una restricción adicional para los concejales, descrita en el artículo 46-d de la ley en mención, según la cual **"los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital."**

Así entonces, y a pesar de las restricciones anotadas, la norma acusada no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al trabajo, como lo afirma el demandante, pues le permite actuar como litigante, como catedrático o ejercer en el ámbito privado, aunque evidentemente y por razón del cargo, encuentra limitada su esfera de actuación. Esta limitación se encuentra justificada en el cumplimiento de los principios de moralidad, eficacia e imparcialidad señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, que persiguen el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los puedan afectar o poner en peligro (artículos 123 y 133 de la C.P.).

El derecho a la igualdad, lo ha dicho esta Corporación en forma reiterada, no consiste en una igualdad matemática o mecánica que le impida al legislador establecer tratamientos diferentes respecto de aquellos casos que presentan características diversas, producto de las distintas situaciones en que se desenvuelven los sujetos, o de las condiciones particulares que los afectan. La igualdad sólo se vulnera cuando la diferencia no es el resultado de una justa razón, producto de un estudio serio de proporcionalidad entre los medios empleados y la medida considerada (Sentencias Nos. C-040 de 1993 y C-083 de 1996, entre otras)

En el caso bajo examen, es evidente que la norma acusada no rompe el principio de igualdad, no sólo porque quedó demostrado que los abogados sí pueden ejercer su profesión, aunque con las limitaciones establecidas, sino además, porque las incompatibilidades existen en razón del cargo que se desempeña y de la función que se asigna al servidor público, derivado de una especial condición de la que no gozan los particulares y que implica, por ende, unas especiales responsabilidades con el Estado y con la sociedad, que de manera alguna pueden ser desconocidas por la Constitución y la ley.

Por lo demás, respecto de los otros servidores públicos -gobernadores, diputados y alcaldes- mencionados en el artículo 44, numeral 1o., y que no fueron incluidos en la demanda, debe anotarse que la incompatibilidad descrita en el literal b) sigue vigente, al igual que las demás establecidas en la constitución y en la ley.

En este orden de ideas, no encuentra la Corte que la norma acusada vulnere ninguno de los derechos constitucionales invocados por el demandante, razón por la cual se procederá a declararla exequible, bajo el entendido que su interpretación debe adelantarse en relación con las disposiciones legales que se refieran al tema y no le sean contrarias, tal como lo dispone la propia ley demandada en los artículos 42 y 44 numeral 2o., y las reglas sobre interpretación normativa contenidas en las leyes 87 y 153 de 1887.

SENTENCIA C-426/96

INCOMPATIBILIDADES DEL SERVIDOR PÚBLICO - Función

INCOMPATIBILIDADES DEL DIPUTADO - Ejercicio abogacía en asuntos del departamento

Tercera. Examen de los cargos formulados contra el literal b), numeral 1o. del artículo 44 de la Ley 200 de 1995.

Por medio de la Ley 200 de 1995, se desarrolló y reguló el régimen disciplinario aplicable a los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como a quienes ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria.

El Libro II de la mencionada ley comprende lo relativo a los "Derechos, Deberes, Prohibiciones, Incompatibilidades e Inhabilidades de los servidores públicos", en cuyo Capítulo V (artículos 42 a 45) se consagran las incompatibilidades e inhabilidades aplicables a los mencionados servidores.

Dichas disposiciones desarrollan los preceptos constitucionales relativos a las inhabilidades e incompatibilidades, en particular aquellas que se predican de los diputados y congresistas -artículos 299, 180 y 293 de la Carta Política.

De un lado, el artículo 299 superior señala:

> *"**El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados será fijado por la ley.** No podrá ser menos estricto que el señalado para los Congresistas en lo que corresponda (...)".*

Por su parte, el artículo 180 constitucional dispone:

> *"Los Congresistas no podrán:*

(...)

*2. **Gestionar en nombre propio o ajeno**, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, **ser apoderados ante las mismas**, celebrar con ellas por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a ésta disposición (...)".*

Finalmente, el artículo 293 de la Carta Fundamental establece:

*"Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, **la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades** (...) **de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales** (...)".*

De conformidad con lo dispuesto en las normas transcritas, corresponde al legislador fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, el cual no podrá ser menos estricto que el señalado para los Congresistas.

Es pertinente anotar, de otro lado, que con anterioridad a la expedición de la Ley 200 de 1995, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados y demás miembros de corporaciones públicas de elección popular, se encontraba regulado por el Decreto 1222 de 1986 -artículos 51 y 52-, según los cuales:

*"**Artículo 51.** Los senadores y representantes principales (...) no podrán:*

(...)

*d) **Ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas en sus distintos niveles**.*

***Las prohibiciones anteriores comprenden a los diputados** (...) **en relación con el respectivo departamento,** y a los concejales en relación con el respectivo municipio, desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura".*

(...)

*"**Artículo 52.** Lo anterior no obsta para que los senadores, representantes, **diputados**, consejeros intendenciales y comisariales y concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado actuar en los siguientes asuntos:*

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;

b) Formular reclamos por el cobro de impuestos (...) que graven a las mismas personas;

c) Usar los bienes o servicios y celebrar los contratos que las entidades oficiales, los institutos descentralizados y las sociedades de economía mixta ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten;

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público y ante lo Contencioso Administrativo (...);

e) Actuar como apoderados de los municipios o de los institutos o empresas dependientes de éstos en asuntos judiciales o administrativos, siempre y cuando que la gestión no sea remunerada".

Ahora bien, el artículo 177 de la Ley 200 de 1995, "por la cual se adopta el Código Único Disciplinario", dispuso:

"Esta ley regirá (...); se aplicará a todos los servidores públicos sin excepción alguna y ***deroga las disposiciones generales o especiales que regulen materias disciplinarias a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, o que le sean contrarias****, salvo los regímenes especiales de la Fuerza Pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este Código".*

En virtud a lo anterior, es claro entonces que el nuevo estatuto disciplinario vino a regular lo relativo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados a la luz de la nueva normatividad constitucional, derogando expresamente aquellas normas especiales que le fueran contrarias, por lo que las disposiciones del Decreto 1222 de 1986 que se opongan a ella desaparecieron del ordenamiento jurídico y fueron reemplazadas por la ley posterior.

Así las cosas, el artículo sub-examine consagró lo concerniente a las incompatibilidades de diputados y concejales que anteriormente regulaba el Decreto 1222 de 1986 y específicamente determinó la prohibición para estos de ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales.

No obstante lo anterior, cabe advertir que como en el artículo 52 del Decreto 1222 de 1986 existían algunas materias como las contempladas en el artículo 52 que no fueron modificadas por la Ley 200 de 1995, ellas conservan plena vigencia y siguen produciendo efectos legales en cuanto no se oponen a la nueva normatividad.

De lo anterior se desprende que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 200 de 1995 es aplicable a los diputados desde el momento de su elección y hace parte de su régimen disciplinario con respecto a la conducta de los mismos, y tiene como propósito fundamental asegurar la imparcialidad, celeridad, transparencia, eficacia y moralidad que debe guiar la actividad conducta y acción de quienes integran las Asambleas Departamentales como garantía del cumplimiento de los fines del Estado por parte de dichos servidores públicos.

De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

Es pues el legislador, por expreso mandato constitucional -artículos 180, 293 y 299-, quien está facultado para determinar y fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, tal como lo hizo en los artículos 42 a 45 de la Ley 200 de 1995.

Con respecto al cargo esgrimido por el actor en relación con la violación del derecho al trabajo, estima la Sala que éste no prospera por cuanto lo que la disposición establece es que quien acceda por voto popular al cargo de Diputado, sea abogado o profesional en otra ciencia, no puede ejercer simultáneamente otra actividad que interrumpa y afecte el ejercicio de su cargo, ni tampoco aceptar o desempeñar empleo alguno en la administración pública, ni ser apoderado o gestor ante entidades públicas o autoridades administrativas o jurisdiccionales del respectivo departamento, ni celebrar contratos con estas, con el propósito, como ya se anotó, de evitar un conflicto de intereses entre la Administración y el miembro de la respectiva corporación pública, de forma tal que el interés general prime sobre el particular, así como de garantizar que quienes en el ámbito departamental ostenten la calidad de servidor público y la representación de la comunidad, se dediquen íntegramente a la gestión pública que han asumido como Diputados a la Asamblea Departamental, a fin de lograr la eficiencia y moralidad de la administración seccional.

Además de ello, es importante indicar que como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, ni el derecho al trabajo ni ningún derecho de estirpe constitucional tiene el carácter de absoluto, pues siempre estarán limitados y subordinados a la prevalencia del interés general.

Por lo tanto, y en este sentido la Sala comparte el criterio del Ministerio Público, según el cual la norma acusada limita -en forma relativa- la esfera de actuación del abogado elegido como diputado para desempeñarse como catedrático y litigar en el ámbito privado, en orden a conservar precisamente la transparencia de las actividades inherentes a la administración pública. Adicionalmente, y como se indicó, a pesar de la restricción señalada en el literal demandado, ello no obsta para que los diputados puedan directamente o por medio de apoderado, actuar en los asuntos de que trata el artículo 52 del Decreto 1222 de 1986, mientras dicha norma conserve su vigencia.

Desde luego que la incompatibilidad establecida en la norma sub-examine que prohibe a los diputados ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, se encuentra ajustada a la Carta Política, en el entendido de que dicha restricción no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al

trabajo, en aquellos asuntos relacionados con intereses o gestiones distintas a los del departamento. En tal virtud, no prospera el cargo.

Finalmente, en cuanto al argumento aducido por el actor respecto de la violación del derecho a la igualdad, estima la Corte que este cargo tampoco es fundado, pues no existe en la disposición sub-examine tratamiento discriminatorio que afecte a los profesionales del derecho, ya que la incompatibilidad se predica respecto de los diputados, en orden a que estos no ejerzan simultáneamente actividades que puedan llegar a afectar la buena marcha de la gestión pública y a comprometer los intereses de la Corporación, así como a generar un conflicto de intereses, entre los de la Administración Departamental y los de quien cumple la función pública, sin perjuicio de las actividades que puedan ejercer ante autoridades u organismos diferentes a los consagrados en la misma prohibición.

No sobra agregar que esta Corporación se pronunció en igual sentido al que aquí se expresa, al analizar la misma disposición en lo relativo a la incompatibilidad para los concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en los siguientes términos:

> *"Así entonces, y a pesar de las restricciones anotadas,* ***la norma acusada no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al trabajo,*** *como lo afirma el demandante,* ***pues le permite actuar como litigante, como catedrático o ejercer en el ámbito privado, aunque evidentemente y por razón del cargo, encuentra limitada su esfera de actuación. Esta limitación se encuentra justificada en el cumplimiento de los principios de moralidad, eficacia e imparcialidad señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, que persiguen el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los puedan afectar o poner en peligro*** *(artículos 123 y 133 de la CP.).*
>
> *(...)*
>
> *En el caso bajo examen,* ***es evidente que la norma acusada no rompe el principio de igualdad, no sólo porque quedó demostrado que los abogados sí pueden ejercer su profesión, aunque con las limitaciones establecidas, sino además, porque las incompatiblidades existen en razón del cargo que se desempeña y de la función que se asigna al servidor público, derivado de una especial condición de la que no gozan los particulares y que implica, por ende, unas especiales responsabilidades con el Estado y con la sociedad****, que de manera alguna pueden ser desconocidas por la Constitución y la ley" (negrillas y subrayas fuera de texto)*[130]*.*

[130] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. C-307 de 11 de julio de 1996. MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

En virtud de lo expuesto, se declarará la exequibilidad del literal acusado aplicado al caso de los diputados, como así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia, siempre que se entienda que la incompatibilidad allí establecida se refiere a la imposibilidad de los Diputados para actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales que versen sobre asuntos de orden departamental, o aquellas que deban ser decididas por una entidad administrativa del orden departamental.

SENTENCIA C-559/96

INCOMPATIBILIDADES DEL GOBERNADOR Y ALCALDE - Defensa intereses

Extensión de las incompatibilidades del literal b) del numeral 1° del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 para Gobernadores y Alcaldes.

4. El numeral 1° del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 establece que la incompatibilidad de que trata el literal b) del mismo numeral se aplica a gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y a miembros de las juntas administradoras locales. Comoquiera que se trata de la extensión del mismo contenido normativo a diversos funcionarios, es necesario integrar la unidad de materia para efectos de su control constitucional.

Si bien la norma abarca por igual a diputados, concejales, miembros de juntas administradoras locales, alcaldes y gobernadores, en razón de la naturaleza de los cargos, el alcance de la restricción difiere en uno y otro caso. Ya se hizo mención a la aplicación de la incompatibilidad para diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales, resta analizar la situación de los gobernadores y alcaldes.

El artículo 293 de la C.P. establece que corresponde a la ley definir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de los entes territoriales elegidos por votación popular. El artículo 303 de la C.P. reitera dicha disposición en relación con los Gobernadores y el 304 de la Carta, exige que, para éstos últimos, el régimen no sea menos estricto que el establecido para el Presidente de la República. De esta manera, resulta claro que constituye una atribución constitucional propia del legislador, expedir las normas relativas a incompatibilidades y, por lo tanto, no hay motivo alguno que invalide la extensión de la incompatibilidad prevista en el literal b) del numeral 1° del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 a los alcaldes y gobernadores.

A diferencia de los diputados, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, los gobernadores y alcaldes ejercen sus funciones de manera permanente. Este hecho resulta trascendental a la hora de estudiar el alcance de la incompatibilidad objeto de estudio. En efecto, el ejercicio permanente de funciones públicas, supone que

estos servidores públicos dediquen, de manera exclusiva, sus esfuerzos al cumplimiento de su labor y, por consiguiente, reciban regularmente un salario. Ello explica que el legislador no haya previsto para los gobernadores y alcaldes la posibilidad de agenciar o defender intereses de terceros durante el período en que permanezcan en su cargo.

Esta pretensión del legislador desarrolla a cabalidad los presupuestos constitucionales de la función pública (C.P. art. 209), en especial los relativos a la imparcialidad, la moralidad y la eficacia.

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

Jurisprudencia: El literal b), numeral 1° del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 en similar sentido establecía: “Ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales.” Este literal fue objeto de los fallos que se mencionan a continuación y cuyos apartes sustanciales se encuentran transcritos en seguida del numeral 1°, artículo 39 de la presente ley 734.

1.- El literal b) fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-307/96** “bajo el entendido de que subsisten las incompatibilidades y las excepciones a éstas, legalmente establecidas”.

2.- La expresión “diputados” del numeral 1° del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-426/96** “siempre que se entienda que la incompatibilidad allí establecida para los Diputados, se refiere a las controversias y asuntos en los que se discutan intereses del Departamento, o aquellas que deban ser decididas por una entidad administrativa del orden departamental”.

3.- Las expresiones “gobernadores” y “alcaldes” fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-559/96**.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.

Artículo 40. ***Conflicto de intereses.*** Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

Artículo 41. ***Extensión de las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos.*** Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.

T I T U L O V

FALTAS Y SANCIONES

CAPITULO PRIMERO

Clasificación y connotación de las faltas

Artículo 42. ***Clasificación de las faltas.*** Las faltas disciplinarias son:

1. Gravísimas

2. Graves.

3. Leves.

Artículo 43. ***Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta.*** Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.

2. La naturaleza esencial del servicio.

3. El grado de perturbación del servicio.

4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.

5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

7. Los motivos determinantes del comportamiento.

8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

Jurisprudencia: El numeral 9 fue declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, mediante sentencia **C-124/03** de la Corte Constitucional.

FALTA DISCIPLINARIA - Principio de legalidad en tipos abiertos

4.2. Principio de legalidad en materia disciplinaria

De conformidad con lo previsto en el Art. 29 de la Constitución Política, *"nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)".*

Esta disposición consagra el principio de legalidad en materia sancionatoria, expresado en la doctrina jurídica con el aforismo latino *"nullum crimen nulla poena sine lege"*, que constituye parte integrante del principio del debido proceso y en virtud del cual tanto las conductas ilícitas como las sanciones correspondientes deben estar determinadas en ley anterior a la ocurrencia de los hechos respectivos.

En relación con la aplicación de este principio tanto en materia penal como en materia disciplinaria, la Corte ha expuesto:

> *"Esta Corporación ha afirmado que el principio de legalidad, como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, hace parte de las garantías del debido proceso, pues permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables, tanto en materia penal como disciplinaria. Este principio además protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y administrativa y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionatorio del Estado. Por eso es común que los tratados de derechos humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (artículo 29)*[131]*. Esta Corte también ha señalado que el debido proceso comprende el principio constitucional de la legalidad de la conducta sancionada y de la pena a imponer."*[132]

---

131 Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

132 Sentencia C-653 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.V. de Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araújo Rentería, Rodrigo Escobar Gil y Álvaro Tafur Gálvis.

No obstante, existe una diferencia importante en la aplicación del principio de legalidad respecto de la determinación de las conductas en los tipos legales del ordenamiento penal, por un lado, y en los del ordenamiento disciplinario, por el otro, que ha señalado la jurisprudencia de esta corporación, así:

> *"Con base en lo anterior, es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan*[133]*:*
>
> > *"La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.*
> >
> > *"Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron"* [134]*.*

En otra oportunidad sostuvo:

> *"Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el*

133 Sentencia C-427/94, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

134 Sentencia C-708 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado "numerus apertus", en virtud del cual no se señalan específicamente cuáles comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc. Por tal razón, el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.

"(...)

"Lo anterior en razón a que el legislador en desarrollo de su facultad de configuración adoptó un sistema genérico de incriminación denominado numerus apertus, por considerar que el cumplimiento de los fines y funciones del Estado -que es por lo que propende la ley disciplinaria (art. 17 CDU)-, puede verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas, lo cual significa que las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en los casos en que no sea posible estructurar la modalidad culposa. De ahí que corresponda al intérprete, a partir del sentido general de la prohibición y del valor que busca ser protegido, deducir qué tipos disciplinarios permiten ser vulnerados con cualquiera de los factores generadores de la culpa." [135]

Por consiguiente, el investigador disciplinario dispone de un campo amplio para determinar si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo mismo que su mayor o menor grado de gravedad, con base en los criterios señalados en el Art. 43 de la misma ley, lo cual obviamente no significa que aquel cree normas y que asuma por consiguiente el papel de legislador, ya que sólo aplica, en el sentido propio del término, las creadas por este último con las mencionadas características.

4.3. Las normas acusadas no vulneran el principio de legalidad en materia disciplinaria

4.3.1. El demandante considera que las disposiciones acusadas quebrantan el principio de legalidad por preceptuar:

---

135 Sentencia C-155 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

i) Que es falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo (Art. 48, Num. 1, Ley 734 de 2002).

ii) Que constituye falta disciplinaria grave o leve el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley" y que "[l]os comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima." (Art. 50 ibídem).

iii) Que uno de los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta será la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, caso en el cual será considerada falta grave (Art. 43, Num. 9, ibídem)

iv) Que cuando se trate de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará por escrito la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno, lo cual se anotará en la hoja de vida pero no generará antecedente disciplinario, y en el evento de que el servidor público incurra en reiteración de tales hechos habrá lugar a formal actuación disciplinaria (Art. 51 ibídem).

v) Que el servidor público está sometido a las sanciones de destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, y de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas (Art. 44, Nums. 1 y 2, ibídem).

4.3.2. Se observa que en estas disposiciones el legislador, con un criterio genérico o amplio, mediante tipos abiertos, describe algunas conductas constitutivas de falta disciplinaria, señala si las mismas son dolosas o culposas y establece su mayor o menor gravedad.

Esta técnica legislativa, como se indicó, es propia del campo del Derecho Disciplinario, por la imposibilidad práctica de encuadrar en forma detallada y exhaustiva las posibles faltas de los servidores públicos en el desempeño de sus funciones constitucionales y legales, por lo cual el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y con fundamento en particular en lo dispuesto en los Arts. 124 y 150, Num. 23, de la Constitución, en virtud de los cuales corresponde al Congreso de la República determinar *"la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva"* y *"expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas"*, obró con un criterio razonable y no quebrantó el principio de legalidad que forma parte integrante del principio del debido proceso, de conformidad con lo estatuido en el Art. 29 superior.

Esta corporación en múltiples ocasiones ha señalado la potestad de configuración legislativa en materia penal, en los siguientes términos:

> *" (…) mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, y sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre los límites de la norma positiva, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.*
> *"(...)*
>
> *"Quien expide la ley debe gozar de atribuciones suficientes -que a la vez comprometen su responsabilidad- para adecuar razonablemente las penas, según los diversos elementos que inciden en las conductas proscritas. La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor propiedad, por romper la igualdad y por desvirtuar el concepto de justicia, que aquélla orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas.".*[136]

Este criterio es aplicable de modo general en el campo del Derecho Sancionatorio y, por tanto, en el ámbito del Derecho Disciplinario, sobre el cual la Corte expresó recientemente:

> *"De las consideraciones anteriores se desprende entonces que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados*[137] *permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así mismo cabe concluir que la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración Pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto*

---

136 Sentencia C-103 de 1997.

137 Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario y su respeto del debido proceso ver entre otras la Sentencia C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas". [138]

En consecuencia, el cargo no prospera.

Jurisprudencia: El artículo 27 de la Ley 200 de 1995 igualmente trataba de los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta y fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-708/99** "en lo referente al cargo estudiado". Esta sentencia tuvo en cuenta el fallo **C-280/96**.

DERECHO DISCIPLINARIO - Autonomía

PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO DISCIPLINARIO

DEBIDO PROCESO

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Predeterminación de la falta disciplinaria y de la sanción / **PRINCIPIO DE TIPICIDAD**

FALTAS DISCIPLINARIAS - Clasificación

FALTAS DISCIPLINARIAS - Definición

FALTAS DISCIPLINARIAS - Tipos abiertos

RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL DISCIPLINADO

FALTA GRAVÍSIMA - Conducta de agente estatal que produzca un daño antijurídico a un particular

FALTA DISCIPLINARIA - Libertad y límites de configuración legislativa

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA - Juicio de culpabilidad

FALTA DISCIPLINARIA - Criterios para determinar su gravedad o levedad

138 Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Gálvis. S. V. Jaime Araújo Rentería.

5. La aplicación de principios generales del derecho sancionatorio permiten alcanzar una clasificación propia en el régimen disciplinario, de las conductas reprochadas a los servidores públicos

El Congreso de la República con base en estas pautas constitucionales y dentro del marco de facultades que le confieren los artículos 124 y 150-23 de la Carta Política, adoptó, mediante la expedición de la Ley 200 de 1995 "Código Disciplinario Único - CDU", una regulación uniforme y general en materia disciplinaria, en la cual se establecen los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades de los servidores públicos, así como las faltas disciplinaria, sanciones y otras materias relacionadas con su procedimiento, dada la diversidad de regímenes que llegaron a coexistir en un momento dado, dificultando y confundiendo su aplicación en desmedro de los principios de igualdad y debido proceso de sus destinatarios.

Para el caso específico, de ese tratamiento normativo se destacan las disposiciones contenidas en el Libro I (Parte General), Título III *"De las sanciones según la falta y otras medidas"* en lo que toca al Capítulo Primero, o de la *"Calificación de las faltas"*, arts. 24 al 27, por ser este artículo 27, sobre *"Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta"*, el objeto de acusación constitucional.

Sea lo primero señalar que, el ejercicio del derecho del Estado a sancionar (*ius punendi)* las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal[139], en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sinembargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico[140].

Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general[141]. Así mismo, dada la utilización extensiva de algunos de los elementos singulares del derecho penal sustantivo y procesal, resultan aplicables en el derecho disciplinario los principios atinentes a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción, con las adaptaciones convenientes a la finalidad ya señalada de este régimen.

---

139 Ver la Sentencia T-438/92, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

140 Ver la Sentencia C-769/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell, antes citada.

141 Ver la Sentencia C-310/97, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

De manera que, sobre el principio del debido proceso, de clara estirpe constitucional (C.P., art. 29), debe descansar la vigencia del derecho disciplinario, en garantía de un orden justo, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales del investigado y el control de la potestad estatal disciplinaria misma.

Las definiciones, materia del legislador, acerca de las conductas reprobadas disciplinariamente, junto con el señalamiento anticipado de las respectivas sanciones, de las reglas sustantivas y procesales para la investigación y la definición de las autoridades competentes que dirijan y resuelvan sobre la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios investigados, reflejan los contenidos normativos del mandato superior que trae dicho artículo 29 de la Carta Política al preceptuar que *"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.".*

La concordancia que un régimen disciplinario pueda tener con ese mandato constitucional, en lo que a la determinación de las faltas disciplinarias se refiere, requiere dar cabida a los principios propios de los regímenes sancionatorios en lo relacionado con la valoración de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Cobra especial relevancia, entonces, a través de la primacía del principio de legalidad, la predeterminación de la falta disciplinaria, sea que ésta se produzca desde una fase activa o negativa, así como de la sanción que de orden correctivo debe ser impuesta a los disciplinados "según la naturaleza de la falta, las circunstancias bajo las cuales ocurrió su comisión y los antecedentes relativos al comportamiento laboral".[142]

Así pues, mientras por el principio de legalidad se "demanda imperativamente la determinación normativa de las conductas que se consideran reprochables o ilícitas" el principio de tipicidad concreta dicha regulación, "en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sean las sanciones. De esta manera la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica.".[143]

6. Vigencia de los anteriores presupuestos esenciales de legalidad y tipicidad de los regímenes sancionatorios, en la disposición objeto de examen para definir sobre su constitucionalidad

Las faltas disciplinarias, para fines sancionatorios, han sido clasificadas en la Ley 200 de 1995 en tres grupos: gravísimas, graves y leves. En este orden de ideas, el artículo

---

[142] Sentencia C-341/96, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

[143] Sentencia C-769/98, M.P. DR. Antonio Barrera Carbonell.

25 señala cuales conductas de los servidores públicos se consideran faltas gravísimas, erigidas en causales de mala conducta, y el artículo 27, acusado, fija los criterios para determinar la gravedad o levedad de las faltas.

El legislador, con ese fin, ha precisado en el artículo 38 de esa misma ley qué debe entenderse por falta disciplinaria en general, esto es "*el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses"*, de lo cual se puede deducir un claro propósito de evitar arbitrariedades en el ejercicio de la función pública.

Esa definición, desde una interpretación sistemática, debe ser el punto de partida para clasificar las faltas en graves o leves, por circunstancias modales, personales del infractor, del fin propio de la función pública y del servicio público afectado con las mismas, de la naturaleza y efectos de las faltas y de las circunstancias y modalidades del hecho que las configura. Como ya se dijo, son precisas las conductas que se encuentran estatuidas como faltas gravísimas, respecto de las cuales no cabe ningún tipo de gradación (arts. 25 y 26).

Aun cuando a juicio del actor, el señalamiento de esos criterios para definir sobre el nivel de lesión que puedan llegar a soportar los bienes jurídicos protegidos por la ley disciplinaria, pueda parecer amplio, el mismo no deja de ser expreso, preciso, cierto y previo ante las conductas que por comisión u omisión, constituyen infracciones disciplinarias, pues es de la competencia del legislador configurar el tipo disciplinario en forma genérica, con cierto grado de indeterminación y sin recabar en precisiones exageradas de los elementos que lo estructuran, mediante el uso de parámetros generales de las conductas dignas de desaprobación, para efectos de su encuadramiento típico.

Con base en lo anterior, es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan[144]:

> "La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al

[144] Sentencia C-427/94, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron".

Ahora bien, las reglas que ilustrarán el convencimiento del funcionario investigador disciplinario, para determinar sobre la gravedad o levedad de las faltas disciplinarias, son atacadas por el actor en cuanto a su fundamento, por estimarlo contrario al ordenamiento superior, dado que considera que no se debe efectuar diferenciación alguna en la gradación de dichas faltas, pues, en su criterio, todas están signadas con una condición especial de gravedad, determinada por el grado de vulneración que producen en el bien jurídico tutelado con las mismas, como dice sucede con el caso consagrado en el artículo 90 superior que a la letra reza:

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

En opinión del demandante, por el simple hecho de que la conducta dolosa o culposa de un servidor público, en especial la de los jueces, produzca un daño que conduzca a la reparación patrimonial del Estado, debiendo éste repetir contra el mismo, aquella ha de contemplarse como falta gravísima, configuradora de una causal de mala conducta, y producir *ipso facto* la destitución del cargo, dado que atentan gravemente contra los fines y deberes del Estado social de derecho, el servicio público y la moral de los servidores públicos.

7. La responsabilidad subjetiva del disciplinado como elemento esencial para la imposición de la sanción disciplinaria

Como claramente se colige del artículo constitucional en mención, allí se consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial que cabe por el daño antijurídico que sea imputable al Estado, ya sea por la acción u omisión de las autoridades públicas, así

como la posibilidad para el mismo de repetir en contra de su agente que por culpa o dolo haya dado origen a la condena al Estado para la reparación patrimonial por dicho daño.

El propósito del constituyente de 1991 en el artículo 90 constitucional fue el de garantizar el resarcimiento a los particulares por una falla en el servicio, en razón a la lesión patrimonial que se les infringe no estando obligados por mandato jurídico a soportar. Como se deduce de dicho texto, la responsabilidad es objetiva en cabeza del Estado, es decir proviene del daño patrimonial que se ocasiona y que hay que reparar con ocasión a un acto atribuible a una autoridad pública.

El aspecto subjetivo de la actuación del agente estatal, en lo que hace al grado de culpabilidad con que actuó, es observado para ligar la responsabilidad del mismo al deber de resarcir al Estado por la indemnización que éste debió asumir en su nombre, en virtud del daño antijurídico que causó. Por lo tanto, no puede confundirse, como lo hace el accionante, la responsabilidad pecuniaria del servidor estatal por el daño antijurídico descrita en estos términos, con la responsabilidad disciplinaria que pueda deducirse de dicha actuación, pues ésta tendrá que regirse por la ley especial, es decir por la Ley 200 de 1995, y, para atribuirla, el investigador disciplinario, entre otras situaciones que deberá observar dentro de las precisadas en el artículo 27 de esa normatividad, censurado, está la del grado de culpabilidad en la actuación del servidor público investigado, lo que en definitiva determinará a su vez el nivel de gravedad de la falta disciplinaria.

La orientación del actor para uniformar en la calificación de gravísima toda conducta de un agente estatal que produzca un daño antijurídico a un particular, cuando haya sido cometido con dolo o culpa grave, argumentando una violación del ordenamiento superior, concretada en el artículo 90 de la Carta Política, desconoce la facultad del legislador para adoptar regulaciones diferenciadas de las conductas reprochadas en el ámbito disciplinario según criterios de razonabilidad y proporcionalidad por sus repercusiones, en relación con los bienes jurídicos tutelados.

Como se indicó, esa facultad configuradora del legislador para establecer las conductas delictivas y sus respectivas sanciones, debe darse dentro de los límites constitucionales establecidos, los cuales admiten modular dichas figuras, según se señala en la sentencia C-103 de 1997, para la materia penal:

> “Así las cosas, mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, y sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre los límites de la norma positiva, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que

ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.

(...)

Quien expide la ley debe gozar de atribuciones suficientes -que a la vez comprometen su responsabilidad- para adecuar razonablemente las penas, según los diversos elementos que inciden en las conductas proscritas. La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor propiedad, por romper la igualdad y por desvirtuar el concepto de justicia, que aquélla orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas.".

De manera pues que, no todas las faltas disciplinarias afectan gravísimamente los bienes jurídicos protegidos por el régimen disciplinario; de ahí que, a partir de la valoración de los diversos niveles de lesión, el legislador, como resultado del ejercicio de sus facultades, apoyado en la intensidad de afectación que observe en esos bienes jurídicos por cada una de tales faltas y siguiendo la gravedad del injusto, tenga la potestad de crear y clasificar las conductas tipificadas como infractoras, en formas atenuadas o agravadas para efectos de la imposición de la sanción.

Como quiera que dichas faltas previenen el buen desempeño de la función pública, en su definición "... entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, (...)."[145], como así sucede en el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, demandado.

Una vez graduadas las faltas disciplinarias en gravísimas, graves y leves, la Ley 200 de 1995 realiza la respectiva dosimetría de las sanciones en los artículos 26 (causales de mala conducta) y 32 (límites de las sanciones), debiendo atender a los "... límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la gradación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la *gravedad del injusto,* y el *grado de culpabilidad*" [146].

La Sala, además, colige que uno de los propósitos finalmente traslucido en el cargo de violación planteado en la demanda, es el de estructurar una responsabilidad objetiva o también conocida como responsabilidad por el mero resultado, para los servidores públicos infractores en materia disciplinaria, al pretender obviar cualquier circunstancia fáctica, la gravedad y la modalidad en la conducta investigada.

---

[145] Sentencia C-427/94, M.P. Fabio Morón Díaz, antes referida.

[146] Sentencia C-285/97, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Esto, a la luz de los principios sobre los cuales se edifican los regímenes sancionatorios, es inaceptable. Nuestro ordenamiento superior, opto por la presunción de inocencia del enjuiciado por la comisión de un hecho punible, hasta tanto sea declarado judicialmente culpable (C.P., art. 29). Lo anterior parte de la necesaria demostración de una responsabilidad subjetiva en la actuación investigada, y aplicable en idénticos términos al juicio disciplinario en donde el fallador deberá adoptar una decisión atado a ese grado de culpabilidad del disciplinado, como así lo ordena el mandato del artículo 14 de la Ley 200 de 1995:

> *"ARTICULO 14. CULPABILIDAD. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".*

De manera que, un juicio de responsabilidad, bien en materia penal o disciplinaria, no es completo sin el de la culpabilidad pertinente, a cargo del respectivo fallador. En la doctrina nacional sobre el particular se ha señalado lo siguiente:

> "se entiende por culpabilidad o responsabilidad plena el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento ante los tribunales legalmente constituidos -según un rito procesal consagrado con anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal-. Por no haber actuado conforme a la norma.
>
> Lo anterior evidencia el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual; por ello, el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del estado social y democrático de derecho y debe corresponderse con sus postulados inspiradores, empezando por el supremo mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona humana (Const. Pol., art. 1°)". [147]

8. La decisión de constitucionalidad de la disposición enjuiciada

Las anteriores consideraciones llevan a esta Sala a concluir que cuando el legislador consagró una clasificación de las faltas disciplinarias entre graves y leves en el artículo

---

147 Velásquez Velásquez Fernando, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1995, pág. 492.

27 de la Ley 200 de 1995, acusado, y estableció unos criterios con base en los cuales el investigador disciplinario deba definir sobre la responsabilidad final en materia disciplinaria de los servidores públicos, para efectos de aplicar la correspondiente sanción, lo hizo atendiendo a los postulados generales de los regímenes punitivos aceptados por el ordenamiento constitucional, en la forma vista, con claro desarrollo de las facultades legislativas en materia de definición de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, dentro de lo cual, es evidente que la misma puede ser graduada de conformidad con el nivel de culpabilidad con que se actúa y la intensidad de la lesión que se produzca en los bienes jurídicos protegidos con la ley disciplinaria.

Por consiguiente, teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la representante del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Procurador General de la Nación, en la parte resolutiva de este fallo se declarará la exequibilidad del artículo 27 de la Ley 200 de 1995, en cuanto en nada contraviene el ordenamiento superior, que el legislador haya establecido unos criterios que permitan calificar la gravedad de las faltas disciplinarias, con base en circunstancias previamente definidas.

CAPITULO SEGUNDO

Clasificación y límite de las sanciones

Artículo 44. ***Clases de sanciones.*** El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

Jurisprudencia: 1.- El numeral 1° fue declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, mediante sentencia **C-124/03** de la Corte Constitucional cuyos apartes sustanciales se encuentran en seguida del numeral 9 del artículo 43.

2.- La expresión "o realizadas con culpa gravísima" fue declarada EXEQUIBLE, por los cargos analizados mediante sentencia **C-948/02** de la Corte Constitucional. Sus apartes sustanciales se transcriben en seguida:

CULPA GRAVÍSIMA Y CULPA GRAVE - Definición

Corresponde a la Corte en consecuencia establecer

(…)

iv) Si las definiciones de culpa gravísima y de culpa grave que contiene el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 se ajustan a la Constitución o si deben declararse inconstitucionales por cuanto con ellas se establecerían elementos objetivos "ajenos a la psique del autor" para que se configure la culpabilidad, dejando de lado la conducta del sujeto a quien se reprocha la falta disciplinaria.

(…)

4.2.4 El análisis de los cargos contra la expresión *"o realizados con culpa gravísima"* contenida en el numeral primero y contra el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

Para el actor la definición que de la culpa gravísima y de la culpa grave que se hace en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002[148] vulnera el debido proceso por cuanto considera que la referencia que dicha definición hace a "la ignorancia supina, la desatención elemental, la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento" y a "la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones" implica que la configuración de la culpa disciplinaria no dependa ni de la definición legal que de ella se da, ni del conocimiento y conciencia que tenga de la misma el agente que comete la falta, sino de elementos objetivos ajenos a la psique del autor "que son los que en últimas determinan proporcionalmente la sanción a imponer". La vista fiscal no comparte dichos argumentos haciendo énfasis en que la proscripción en materia disciplinaria de la responsabilidad objetiva no le impone al legislador límites para definir los diferentes grados de culpa en que puedan incurrir quienes cumplen funciones públicas.

Al respecto la Corte señala que dado que el principal derrotero que guía la aplicación de las normas disciplinarias es el normal y correcto funcionamiento de la gestión pública, en nada resulta incompatible con dicha finalidad - por el contrario, la secunda y favorece- que el Estado imponga a sus servidores un deber general de cuidado, diligencia y corrección en el desempeño de sus funciones que, además, pueda ser sancionable por incumplimiento. Visto que los servidores públicos son responsables ante la ley, no sólo por quebrantarla, sino por omisión o extralimitación en ejercicio de

---

148 **Artículo 44. Clases de sanciones**. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:
1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.
Parágrafo. Habrá 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.

las mismas, resulta legítimamente admisible que el Estado, a través del sistema disciplinario, imponga sanciones a aquellos que no cumplen, con el esmero requerido, las obligaciones asignadas por la normatividad[149].

Obsérvese que se considera culpa gravísima en primer término la ignorancia supina, que define el diccionario de la lengua de la Real Academia Española como "la que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse". Es decir que se considera como culpa gravísima la negligencia del servidor que pese a tener el deber de instruirse a efectos de desempeñara la labor encomendada[150] decide no hacerlo.

Otro tanto puede decirse de la definición de culpa grave en la que se incurre por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, conducta que no es la que corresponde esperar de una persona que ejerce funciones públicas a quien, por lo demás, se le exige un particular nivel de responsabilidad (arts. 6 y 123 C.P).

Así las cosas lo que el actor considera elementos objetivos externos a las definiciones de culpa gravísima y de la culpa grave, son pura y simplemente la aplicación en este campo de la identidad propia del concepto de culpa en materia disciplinaria basada en la diligencia exigible a quien ejerce funciones públicas. Aplicación que no puede considerarse ajena a la conciencia del servidor público obligado a conocer y cumplir sus deberes funcionales.

Recuérdese que en el cumplimiento de los cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento y que por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, tanto por omisión como por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En atención a las anteriores consideraciones la Corte concluye que no asiste razón al actor, por lo que en relación con el cargo expuesto en la demanda la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *"o realizados con culpa gravísima"* contenida en el numeral primero y del parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002.

---

149 Sentencia C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

150 Cabe recordar al respecto el contenido de los numerales 2 y 40 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, a cuyo tenor:

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

40. Capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función.

Jurisprudencia: El inciso 3° del artículo 32 de la Ley 200 de 1995 contenía el siguiente texto: "Las faltas gravísimas serán sancionadas con terminación del contrato de trabajo ~~o de prestación de servicios personales~~, destitución, desvinculación, remoción *o pérdida de investidura*."

Los textos subrayados, tachados y en letra itálica fueron objeto de los siguientes pronunciamientos en sentencia **C-280/96**:

1.- El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional.

2.- La expresión "terminación del contrato de trabajo" fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional "siempre y cuando se entienda que en estos casos también es aplicable el artículo 110 de la Constitución política.

3.- La expresión "*o pérdida de investidura*" fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional "siempre y cuando se entienda que no se aplica a los Congresistas y que para los miembros de las Corporaciones Públicas de las entidades territoriales son causas autónomas de pérdida de investidura las previstas por los artículos 110 y 291 de la Constitución.

A continuación se transcriben los apartes sustanciales pertinentes.

> **CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO** - Destinatarios
>
> **CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO** - Contratistas no son destinatarios **/ CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**
>
> **TERMINACIÓN DE CONTRATO COMO SANCIÓN DISCIPLINARIA**
>
> **PERDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA**

Así mismo, el demandante también cuestiona los numerales 5º y 6º del artículo 29 del CDU y el texto legal "o suspensión del contrato de trabajo o de prestación de servicios hasta por tres meses", contenido en el artículo 32 CDU, primero, con base en los argumentos para considerar inexequible la parte demandada del artículo 20, y segundo, porque el actor entiende que el contrato de prestación de servicios personales no

genera una relación de dependencia con la Administración, por tanto, no puede aplicarse a tales contratistas el CDU.

Siendo así las cosas, esta Corporación debe precisar quienes son los destinatarios de la ley disciplinaria.

6- La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, "la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.)"[151]. Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello esta Corporación ya había señalado que el "régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (subrayas no originales)"[152].

Este ámbito de aplicación de la ley disciplinaria se explica porque la posición del servidor público en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado.

7- En ese orden de ideas, los trabajadores del Estado vinculados mediante un contrato laboral de trabajo están bajo la subordinación del Estado. Es así como no tiene relevancia para la determinación de la calidad de sujeto disciplinable, la forma de vinculación del servidor público a la organización estatal. Dado lo anterior, los trabajadores oficiales son destinatarios de un régimen disciplinario impuesto por el Estado de forma unilateral, por lo cual la Corte considera que es admisible constitucionalmente el texto legal acusado "empleados y trabajadores" del artículo 20 del CDU. Esta aplicación de la ley disciplinaria a los trabajadores oficiales no es en manera alguna caprichosa sino que deriva de las funciones de interés general que cumplen estas personas (CP art. 209), por lo cual, como bien lo señala la Vista Fiscal, es razonable que el régimen disciplinario no sea materia de acuerdo entre las partes,

---

[151] Corte Constitucional. Sentencia C-214/94. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

[152] Sentencia C-417/93. MP José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte No 3.

porque en este campo están en juego valores sociales y estatales que desbordan los intereses de los partícipes en la relación laboral de derecho público

8- La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, pues allí no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente. En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto de trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto.

9- En relación con el inciso final del artículo 32, según el cual las faltas gravísimas, esto es, las descritas por el artículo 25 de ese mismo estatuto, se sancionan con terminación del contrato, es necesario hacer la siguiente precisión: el artículo 110 de la Carta señala que será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura que quien desempeñe funciones públicas haga contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o induzca a otros a que lo hagan, salvo las excepciones legales. Ahora bien, los numerales 7º y 8º del artículo 25 del CDU desarrollan en parte esta prohibición constitucional pero no cubren todas las hipótesis, por lo cual la Corte entiende que esta prohibición constitucional sigue operando de manera autónoma como causa de terminación de los contratos, pues mal podría el Legislador modificar el alcance de una prohibición constitucional. Por ello la expresión acusada "terminación del contrato de trabajo" de este artículo 32 será declarada exequible pero con esa precisión.

(…)

17- El mismo actor ataca la expresión "pérdida de investidura" del inciso tercero del artículo 32 del CDU, según el cual ésta es una de las sanciones para las faltas gravísimas, esto es, las descritas por el artículo 25 de ese mismo estatuto.

La Corte considera que esta norma es exequible en relación con los miembros de las corporaciones públicas territoriales, por cuanto, como ya se señaló, se trata de una sanción que puede ser aplicada a estos servidores públicos, y las conductas descritas por el artículo 25 son de suma gravedad, lo cual justifica que el Legislador las sancione con pérdida de investidura o, para otros tipos de servidores, con terminación del

contrato, destitución, desvinculación o remoción. Sin embargo, es necesario efectuar las siguientes dos precisiones:

De un lado, el artículo 110 de la Carta señala que será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura que quien desempeñe funciones públicas haga contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o induzca a otros a que lo hagan, salvo las excepciones legales. Ahora bien, como se señaló anteriormente, los numerales 7º y 8º del artículo 25 del CDU desarrollan en parte esta prohibición constitucional pero no cubren todas las hipótesis,. Igualmente, el artículo 291 de la Carta establece que perderán la investidura los miembros de corporaciones públicas de las entidades territoriales que acepten un cargo en la administración, conducta que no se encuentra descrita como falta gravísima por el artículo 25 del CDU. En tales circunstancias, la Corte entiende que estas dos prohibiciones constitucionales siguen operando de manera autónoma como causa de pérdida terminación de investidura, de los miembros de las corporaciones públicas de las entidades regionales, pues mal podría el Legislador modificar el alcance de una prohibición constitucional.

De otro lado, en relación con los congresistas, esta disposición es inexequible, por cuanto en este caso la institución de la pérdida de investidura tiene, como ya lo ha señalado esta Corporación, "muy especiales características" pues "tan sólo puede operar en los casos, bajo las condiciones y con las consecuencias que la Carta Política establece. Las causas que dan lugar a ella son taxativas[153]". Esto significa que no puede la ley restringir ni ampliar las causales establecidas por la Constitución como determinantes de pérdida de investidura, esto es, las señaladas por los artículos 110 y 183 de la Carta.

Por todo lo anterior, en la parte resolutiva, se declarará exequible pero de manera condicional la expresión "pérdida de investidura" del inciso tercero del artículo 32 del CDU.

2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

Jurisprudencia: El numeral 2° del artículo 44 fue declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional en sentencia **C-124/03**, cuyos apartes sustanciales se encuentran en seguida del numeral 9 del artículo 43.

Jurisprudencia: El inciso 2° del artículo 32 de la Ley 200 de 1995 contenía el siguiente texto: “Las faltas graves se sancionan con multa

[153]Sentencia C-247/95 MP José Gregorio Hernández Galindo, criterio reiterado en la Sentencia C-037/94, consideración de la Corte relativa al artículo 16.

entre once (11) y noventa (90) días del salario devengado al tiempo de cometerlas, suspensión en el cargo hasta por el mismo término o suspensión del contrato de trabajo ~~o de prestación de servicios~~ hasta por tres (3) meses, teniendo en cuenta los criterios señalados en el artículo 27 de esta ley.

Los textos tachados y subrayados fueron objeto de las siguientes decisiones mediante sentencia **C-280/96**.

1.- Texto tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional.

2.- La expresión "o suspensión del contrato de trabajo (...) hasta por tres (3) meses" fue declarada EXEQUIBLE en la misma providencia.

Los textos pertinentes se encuentran a continuación del numeral 1 del artículo 44 de la presente ley.

3. Suspensión, para las faltas graves culposas.

Jurisprudencia: El inciso 2° del artículo 32 de la Ley 200 de 1995 contenía el siguiente texto: "Las faltas graves se sancionan con multa entre once (11) y noventa (90) días del salario devengado al tiempo de cometerlas, suspensión en el cargo hasta por el mismo término o suspensión del contrato de trabajo ~~o de prestación de servicios~~ hasta por tres (3) meses, teniendo en cuenta los criterios señalados en el artículo 27 de esta ley.

La Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia **C-280/96** en los siguientes términos.

1.- El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE.

2.- La expresión "o suspensión del contrato de trabajo (...) hasta por tres (3) meses" fue declarada EXEQUIBLE en la misma providencia.

Los textos pertinentes se encuentran a continuación del numeral 1 del artículo 44 de la presente ley.

4. Multa, para las faltas leves dolosas.

Jurisprudencia: El texto de este numeral corresponde en similar sentido al texto del numeral 2° del artículo 29 de la Ley 200 de 1995, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-280/96**.

MULTA COMO SANCIÓN DISCIPLINARIA

13- Uno de los demandantes ataca aquellas expresiones del CDU que destinan a la entidad correspondiente el producto de las multas impuestas como sanción disciplinaria, pues considera que de esa manera se establece una contribución parafiscal, cuya creación compete al Legislador y no a la autoridad sancionadora. Además, añade, esta destinación provoca en la administración un comportamiento doloso tendiente a imponer multas a fin de acrecentar el presupuesto de la entidad respectiva, por lo cual el actor pide la inexequibilidad de varias expresiones de los artículos 29 y 31 del CDU.

La Corte no comparte el cargo del actor y declarará exequibles esas expresiones, pues las multas son sanciones pecuniarias que derivan del poder punitivo del Estado, por lo cual se distinguen nítidamente de las contribuciones fiscales y parafiscales, pues estas últimas son consecuencia del poder impositivo del Estado. Esta diferencia de naturaleza jurídica de estas figuras jurídicas se articula a la diversidad de finalidades de las mismas. Así, una multa se establece con el fin de prevenir un comportamiento considerado indeseable, mientras que una contribución es un medio para financiar los gastos del Estado. Por consiguiente, si una autoridad disciplinaria impone multas a los servidores públicos, no con el fin de sancionar o prevenir la comisión de faltas disciplinarias sino para aumentar sus recursos, estaríamos en frente de una típica desviación de poder que -conforme al artículo 88 del C.C.A - implicaría la nulidad de la actuación, pues la autoridad habría utilizado sus atribuciones con una finalidad distinta a aquella para la cual le fueron conferidas por la normatividad. Pero esa eventualidad no implica la inconstitucionalidad del mandato, según el cual, las multas impuestas como sanciones disciplinarias deben destinarse a la entidad en la cual preste o haya prestado sus servicios el funcionario. En efecto, se reitera, las multas no tienen naturaleza tributaria, como lo demuestra precisamente el artículo 27 del Decreto No. 111 de 1995 que las sitúa dentro de los ingresos no tributarios, subclasificación de los ingresos corrientes de la Nación. Por ello, no es admisible el cargo de competencia que el actor hace recaer sobre los artículos sub-examine. Ni tampoco se está vulnerando el artículo 359 de la Carta que prohíbe las rentas nacionales de destinación específica pues, desde las primeras decisiones en que tuvo que estudiar el tema, esta Corporación ha establecido que una interpretación sistemática de la Constitución permite concluir que esta prohibición se refiere exclusivamente las rentas de naturaleza tributaria[154]. Y, finalmente, esa destinación tiene unas finalidades sociales razonables, pues los artículos 6º y 7º del Decreto No. 2170 de 1992 establecen que las multas impuestas en virtud de una sanción disciplinaria se cobrarán por cada una de las entidades a las

[154]Ver sentencia C-040/93, reiterado por las sentencias C-465/93 y C-490/93

cuales pertenezca el servidor sancionado y se destinarán a financiar programas de bienestar social de los empleados de las entidades.

5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Parágrafo. Habrá 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.

Jurisprudencia: Parágrafo declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados en la sentencia **C-948/02** por la Corte Constitucional. Los apartes pertinentes se encuentran transcritos en seguida del numeral 1° del artículo 44.

Artículo 45. ***Definición de las sanciones.***

1. La destitución e inhabilidad general implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o

c) La terminación del contrato de trabajo, y

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

Jurisprudencia: el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 200 de 1995 disponía:

> *ARTICULO 30. SANCIONES ACCESORIAS. Son sanciones accesorias las siguientes:*
> *(…)*
> *3. La exclusión de la carrera.*

Este numeral 3° fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-181/02** siempre "que se entienda que la sanción accesoria en él contemplada no procede frente a faltas disciplinarias graves ni leves".

FALTA DISCIPLINARIA - Sanción accesoria de exclusión de carrera

NORMA DISCIPLINARIA - Carácter especial

FALTA DISCIPLINARIA - Modulación de gravedad de faltas y de sanciones principales y accesorias por operador jurídico

FALTA DISCIPLINARIA - Ausencia de norma que defina sanción principal a la cual se agrega sanción accesoria

FALTA DISCIPLINARIA - Duración de sanción accesoria de exclusión de carrera

FALTA DISCIPLINARIA - Proporcionalidad de medida de exclusión de la carrera

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Criterio de proporcionalidad derivado del grado de culpabilidad del sujeto

FALTA DISCIPLINARIA - Procedimiento de graduación de la pena según gravedad de la conducta

FALTA DISCIPLINARIA - Ausencia de norma específica que contemple sanción principal **/ FALTA DISCIPLINARIA** - Proporcionalidad en imposición de sanción principal ante ausencia de norma expresa en sanción accesoria

FALTA DISCIPLINARIA - Discrecionalidad en imposición de sanción accesoria

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Exclusión de carrera por falta gravísima

FALTA DISCIPLINARIA - Desvinculación del cargo por Procurador General e imposición de sanción accesoria

iii) Constitucionalidad del numeral 3º del artículo 30 de la Ley 200 de 1995

El reproche fundamental contra el numeral 3º radica en que la disposición no prescribe con claridad, de qué sanción principal es accesoria la exclusión de la carrera y cuál es la duración de la medida. Esta aparente indeterminación iría en contravía del principio

de la proporcionalidad de la sanción, del principio de legalidad y del debido proceso -según apreciación del impugnante -, por que con tal margen de discrecionalidad el operador disciplinario puede excluir de la carrera al disciplinado, incluso por faltas leves.

Sobre el particular esta Corte considera - como ya lo ha venido exponiendo- que los principios del derecho penal referidos a la definición de la conducta y de la sanción imponible sólo operan *mutatis mutandis* en el derecho disciplinario, siendo el asunto de la graduación sancionatoria uno de aquellos en que se admite con mayor amplitud la discrecionalidad del operador disciplinario.

Así por ejemplo, en Sentencia C-404 de 2001, la Corporación reconoció como ajustado a la Carta el establecimiento de un sistema de graduación punitiva de faltas disciplinarias basado en la apreciación subjetiva –que no arbitraria- del funcionario competente, y en el respeto por los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, contenidos en el artículo 27 del CDU. En dicha oportunidad la Corte reconoció que, pese a que las faltas graves y leves no se encontraban taxativamente definidas por el legislador, era facultativo del funcionario competente determinarlas, así como establecer la sanción imponible, de conformidad con los máximos establecidos en el artículo 32 del Código y con los criterios del artículo 27 ídem. Así mismo, dijo la Sentencia, deben respetarse los criterios adicionales consignados en el artículo 29 del CDU, según el cual, "*para la selección o graduación de las sanciones se tendrán en cuenta la gravedad de la falta, el resarcimiento del perjuicio causado, así fuera en forma parcial, la situación económica del sancionado y el estipendio diario derivado de su trabajo y las demás circunstancias que indique su posibilidad de pagarla".*

En suma, la Sentencia avaló el procedimiento para la fijación de las faltas disciplinarias que adopta la Ley 200 de 1995, con fundamento en el carácter especial de la norma disciplinaria. Así se refirió la Corporación al tema en debate:

> "El Código Disciplinario Único en su artículo 24 clasifica las faltas disciplinarias en gravísimas, graves y leves. El artículo siguiente señala taxativamente las faltas que se consideran gravísimas, pero respecto de las faltas graves o leves no hay una norma como la anterior que las enumere puntualmente, sino que el artículo 27 señala los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Por su parte, los artículos 28, 29 y 30 señalan cuáles son las sanciones a las que están sometidos los funcionarios públicos, entre las cuales se mencionan, por ejemplo, la amonestación, la multa, la suspensión de funciones, la destitución, etc. El último inciso del artículo 29 indica que *"para la selección o graduación de las sanciones se tendrán en cuenta la gravedad de la falta, el resarcimiento del perjuicio causado, así fuera en forma parcial, la situación económica del sancionado y el estipendio diario derivado de su trabajo y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagarla."*
>
> "Todo lo anterior indica a la Corte que las sanciones disciplinarias correspondientes a las conductas descritas en el artículo 14 de la Ley 358 de

> 1997, están contenidas en el referido Código, el cual prevé una forma de determinación y de modulación o graduación de las mismas, dependiendo de la gravedad de la infracción, para lo cual establece también los criterios a los cuales hay que acudir. Estas disposiciones complementan la norma contenida en el artículo 16 acusado que describe las conductas que constituye la infracción. Así, de la lectura sistemática de esta disposición con aquellas otras del Código Disciplinario, se infiere cuál es la sanción aplicable a la conducta, sanción que por disposición de la Ley, deberá graduarse por funcionario competente para ello dependiendo de las circunstancias de cada caso, y teniendo en cuanta los límites impuestos por el artículo 32 del referido Código. Se infiere también, que las infracciones bajo estudio no constituyen faltas gravísimas, pues el artículo 25 del Código Disciplinario Único, que las señala taxativamente, no las incluye dentro de la enumeración que contiene." (Sentencia C-404 de 2001)

Ahora bien, ya que los criterios anteriores son aplicables para la imposición de las sanciones principales, esta Corte deduce que los mismos pueden serlo para las sanciones accesorias, con lo cual queda saldada la discusión planteada por el demandante. Ciertamente, si el operador jurídico, en aplicación de los criterios de dosimetría formulados por la Ley, tiene la potestad de modular la gravedad de las faltas y, por tanto, de las sanciones principales correspondientes, también la tiene para definir, en cada caso, la sanción accesoria merecida por dicha infracción.

Considerado el punto desde esta perspectiva, el orden constitucional no se ve afectado por la ausencia de una norma expresa que defina las sanciones principales a las cuales es permitido agregar la sanción accesoria de la exclusión de la carrera, ya que existen normas genéricas que establecen tanto los criterios de imposición de la falta como los máximos permitidos para cada una de ellas.

Por otro lado, en torno al tema de la duración de la sanción accesoria, planteado por el impugnante como una falencia normativa que deriva en la violación del principio de legalidad de la sanción, esta Corte estima que por la naturaleza misma del correctivo, ella es definitiva y no admite prolongación en el tiempo.

En efecto, la sanción accesoria de la exclusión de la carrera no es susceptible de extenderse en el tiempo visto que el verbo rector de la medida es *"excluir"*. Acorde con la definición del Diccionario de la Lengua Española, excluir significa "*quitar a una persona o cosa del lugar que ocupaba*". La semántica obvia de la expresión hace ver que por esta sanción no se "suspende" la pertenencia del disciplinado en la carrera administrativa sino que se la elimina, y de manera definitiva. No opera para dicha medida lo que sí ocurre en relación con la sanción accesoria prevista en el numeral 1º del artículo 30, según el cual, las inhabilidades consagradas en la Ley 190 de 1995 tiene la duración de la sanción principal.

Con todo, de acuerdo con lo que se ha dicho, el operador jurídico debe abstenerse de proceder arbitrariamente y en cambio está obligado a ponderar las condiciones

particulares de la falta para determinar la proporcionalidad de la medida por la cual se excluye de la carrera al funcionario sancionado.

Esta regla de proporcionalidad, que se impone a la autoridad encargada de aplicar la sanción disciplinaria, ha sido empleada por la Corte Constitucional en algunos de sus fallos. En la Sentencia C-591 de 1993, por ejemplo, la Corte definió la constitucionalidad de una norma del Decreto 2651 de 1991 que fue acusada de señalar un régimen desproporcionado de faltas y sanciones disciplinarias que le permitía al Consejo Superior de la Judicatura penalizar a los funcionarios judiciales por el incumplimiento de los términos procesales.

En dicha oportunidad, la Corte señaló que la imposición de las sanciones disciplinarias correspondía ejercerla a la autoridad disciplinaria –al Consejo Superior- de acuerdo con criterios de proporcionalidad derivados del grado de culpabilidad del sujeto.

La Corte agregó que *"[e]l juicio de proporcionalidad - que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley (CP art. 230) - es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa. El actor, desde luego, no puede referirse a este examen individual de la sanción disciplinaria que se desenvuelve en el campo de la pura legalidad."*

Y adicionalmente, en relación con el procedimiento de graduación de la pena según la gravedad de la conducta, la Corte hizo las siguientes ejemplificaciones:

> "...En efecto, la **destitución** del funcionario judicial - la sanción más drástica - se contempla en la norma, aunque se impone ante la persistencia del incumplimiento de los términos procesales y luego de aplicar otras sanciones más leves de carácter preventivo y admonitorio. No es posible elevar una objeción constitucional válidamente fundada a esta técnica punitiva empleada por el legislador. La **suspensión** y la **destitución** son proporcionales a la falta cometida - continuidad de la conducta morosa no obstante las previas reconvenciones y sanciones - y, de otra parte, no es extraño que en la escala de penas se reserven para el final luego de que hayan fracasado las anteriores medidas de suyo eminentemente correctoras y preventivas.
>
> "El llamado de atención y la amonestación escrita con anotación en la hoja de vida, constituyen sanciones disciplinarias en modo alguno pueriles si se tiene presente el efecto que producen en el ánimo y en la imagen del funcionario judicial, aparte de que las mismas pueden ser la base para las penas más graves consistentes en la suspensión y en la destitución del cargo. Toda sanción es esencialmente gravosa para quien la sufre, independientemente de que al compararse con otras resulte más o menos onerosa. En este orden de ideas se observa que el primer tramo de la conducta judicial morosa se sanciona con menor rigor - llamado de atención y amonestación con anotación en la hoja de vida - que su pertinacia, lo que no contradice la lógica

> punitiva de aumentar el castigo de acuerdo con la mayor gravedad de la conducta. La sanción disciplinaria, por lo general, persigue una finalidad correctiva con miras a preservar la dignidad de la justicia y promover su eficacia.
>
> "La filosofía de las denominadas 'sanciones leves' - por lo demás comunes en todo régimen disciplinario - no es la de introducir un elemento deletéreo en la correcta administración de la justicia. La reprochabilidad de la conducta no experimenta mengua. El sentido pedagógico y preventivo de la 'sanción leve' confía en la capacidad reflexiva y de enmienda de quien ha incurrido en la falta. La oportunidad que se le brinda de mantenerse en el servicio queda, a partir de entonces, supeditada a la plena observancia de la recta conducta de la cual temporalmente se ha desviado. De ahí que la imposición de "sanciones graves", luego de agotadas las "leves", lejos de suponer lenidad, sea el fruto de una razonable distinción en el universo de las conductas entre la mora episódica y la permanente y del diseño de un tratamiento punitivo que combina el elemento correctivo con el puramente sancionatorio. (Sentencia C-591 de 1993)

Por todo lo anterior, esta Corte considera que la ausencia de una norma específica que contemple la sanción principal a la cual la sanción accesoria de exclusión de la carrera sea adjudicable, no deriva en la ilegalidad del correctivo sino que deja en libertad al operador jurídico para que –dentro de los límites de la proporcionalidad- la imponga al tipo de faltas que corresponda, según el grado de culpabilidad del sujeto, verificable en cada caso particular. En este sentido, por ejemplo, no podría decirse que la exclusión de la carrera está adscrita a la destitución del agente estatal. Incluso frente a la destitución, el operador disciplinario tendría un margen discrecional para imponer la sanción accesoria, que no necesariamente tiene que ser la exclusión.

En el caso específico de la normatividad que se estudia, la de la Ley 200 de 1995, la conclusión a la que se llega es que la sanción accesoria de la exclusión de la carrera sólo procede frente a las faltas gravísimas señaladas en el Código o con respecto a las señaladas en el artículo 278-1 de la Carta.

Efectivamente, de las precisiones hechas en el extracto de la jurisprudencia citada se entiende que la sanción accesoria de exclusión de la carrera no podría imponerse en los casos de faltas leves, debido al carácter netamente pedagógico y preventivo que deben presentar los correctivos destinados a sancionarlas.

Del mismo modo, dentro de los parámetros de la Ley 200 de 1995, la sanción accesoria de exclusión de la carrera no podría imponerse a las faltas disciplinarias graves, visto que la exclusión de la carrera constituye una sanción de mayor severidad que las que el artículo 32 del CDU señala como principales para este tipo de faltas. En efecto, la norma señala que a las faltas graves le son imponibles las sanciones de *"multa entre once (11) y noventa (90) días del salario devengado al tiempo de cometerlas, suspensión en el cargo hasta por el mismo término o suspensión del contrato de trabajo*

o de prestación hasta por tres (3) meses, teniendo en cuenta los criterios señalados en el artículo 27 de esta Ley" correctivos cuya severidad no se compara con el de la exclusión.

Con todo, se entiende que lo dicho hasta ahora es aplicable sin perjuicio de la facultad constitucional que conserva el Procurador General para, en ejercicio del artículo 278 de la Constitución Política, desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que derive evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones. En estos casos, el Procurador puede discrecionalmente, además de la desvinculación del cargo, imponer las sanciones accesorias señaladas en el CDU.

Así las cosas, el numeral será declarado exequible pero condicionado al sentido que acaba de explicarse, es decir, que la sanción accesoria de la exclusión de la carrera no puede ser impuesta frente a faltas graves o leves.

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

3. La multa es una sanción de carácter pecuniario.

4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida.

Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva.

Artículo 46. *Límite de las sanciones.* *La inhabilidad general será de diez a veinte años*; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

Jurisprudencia: Este artículo ha sido objeto de los fallos cuyos apartes relevantes pertinentes se transcriben a continuación:

1.- La expresión "*La inhabilidad general será de diez a veinte años*" fue declarada EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02**.

2.- La expresión "pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente" del artículo 46 fue declarada EXEQUIBLE, por la Corte Constitucional en sentencia **C-948/02** "bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política".

El análisis de los cargos contra dicha expresión y el texto subrayado *"*salvo lo dispuesto en la Carta Política*"* contenida en los artículos 14 y 32 inciso 2° de esta ley, lo realizó de manera conjunta la Corte Constitucional en la misma providencia **C-948/02**.

SENTENCIA C-1076/02

INHABILIDAD GENERAL - Voluntad del legislador

DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL - No vulnera el principio non bis in ídem

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Casos de inseparabilidad y concurrencia de la destitución e inhabilidad general

DESTITUCIÓN - Finalidad / **INHABILIDAD GENERAL** - Finalidad

INHABILIDAD GENERAL - No vulnera el principio de proporcionalidad

a) Cargos de la demanda

Considera el actor que la expresión *"La inhabilidad general será de diez a veinte años"*, contenida en el inciso 1º del artículo 46 demandado, establece una doble sanción por los mismos hechos que vulnera del debido proceso, pues imponer la sanción de destitución y adicionalmente, un término de 10 a 20 de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas viola el principio de proporcionalidad, pues desconoce la entidad de los bienes e intereses protegidos en tanto que la pena accesoria es mayor que la principal, superando el término que para la misma pena accesoria ha sido previsto en el régimen penal.

b) Problema jurídico

Debe determinarse si el legislador, al establecer la sanción de inhabilidad general de 10 a 20 años, desconoció los principios de proporcionalidad y del *non bis in ídem*.

(…)

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

A juicio de la Corte, los cargos contra la expresión *la inhabilidad general será de diez años a 20 años*, contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, no pueden prosperar por las razones que se explican a continuación.

1. La voluntad del legislador.

Una interpretación histórica de la disposición *sub examine* arroja como resultado que fue la voluntad del legislador sancionar de manera más severa los comportamientos de los funcionarios públicos que lesionasen de manera más grave la ética y la moralidad del ejercicio de la función pública y aquellos que constituyesen un atentado contra los derechos humanos y las reglas del derecho internacional humanitario. En efecto, en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002 se expuso lo siguiente:

> "Un régimen de sanciones más severo.
>
> "El proyecto conserva la clasificación de las faltas en gravísimas, graves y leves, pero modifica las sanciones imponibles para cada categoría.
>
> "Dado el deterioro ético y moral del ejercicio de la función pública, la magnitud de la corrupción administrativa y el nivel de desconocimiento de los derechos ciudadanos, para que la labor de control disciplinario pueda resultar eficaz, se consideró necesario que las sanciones sean más severas y drásticas. De otra manera, la situación descrita puede empeorar. Si los abusos del poder público no se enfrentan con sanciones disciplinarias fuertes, éste se desborda, escapa a todo control y se torna definitivamente arbitrario.
>
> "La imposibilidad legal de imponer sanciones severas acordes con la gravedad de las conductas y de inhabilitar a los funcionarios de manera más drástica se resuelve, por una parte, aumentando las faltas que dan lugar a la destitución, y por otra, aumentando el término de las suspensiones e inhabilidades.
>
> "En este contexto se estableció que las faltas gravísimas se sancionan con destitución e inhabilidad general, que implica la terminación de la relación del servidor público con la administración y le impide acceder a cualquier cargo o

función. El proyecto corrige el vacío de la Ley 200 de 1995 y le fija un término a la inhabilidad general: entre 5 y 20 años"[155]

Así las cosas, la disposición que finalmente fue aprobada resultó ser aún más severa en el sentido de haber elevado el mínimo de años de la inhabilidad general de 5 a 10 años.

2. Ausencia de violación del principio del *non bis in ídem*.

Una interpretación sistemática de la Ley 374 de 2002 permite concluir que el legislador estableció la destitución y la inhabilidad general como dos sanciones inseparables y concurrentes, para los casos de la comisión de faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. En efecto, el artículo 44 de la mencionada ley dispone lo siguiente:

"El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

"1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima".

Por su parte, el artículo 45, al momento de definir las sanciones prescribe:

"La destitución e inhabilidad general implica...".

Así pues, de una lectura integral de la Ley 734 de 2002 no se desprende, que un funcionario público pueda llegar a ser destituido sin que se le imponga, al mismo tiempo la inhabilidad general. En consecuencia, no se está en presencia, como equivocadamente lo sostiene el actor, de una sanción principal y otra accesoria, sino que, se insiste, se trata de dos sanciones que se aplican a una misma persona, pero cuyas finalidades son completamente distintas. La destitución conlleva un rompimiento de todo vínculo jurídico que tuviera el funcionario con el Estado, por cuanto se da la *terminación de la relación del servidor público con la administración* (num. 1 del literal a del art. 45); la *desvinculación del cargo*, en los casos previstos en los artículos 110 y 278 numeral 1 de la Constitución (num. 1, lit. b del art. 45), y, llegado el caso, *la terminación del contrato de trabajo* (num. 1 lit. c art. 45). En contrapartida, la inhabilidad general consiste en la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función (num. 1, lit. d del art. 45), durante un período que va entre los 10 y los 20 años. En otros términos, la destitución por faltas gravísimas o realizadas con culpa grave, siempre conlleva la inhabilidad general, cuyo término de duración será, en los términos del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, entre 10 a 20 años, de conformidad con los principios que orientan la graduación de la sanción, en especial, la proporcionalidad.

[155] Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24

3. Ausencia de violación del principio de proporcionalidad.

En relación con el cargo por violación del principio de proporcionalidad contra la expresión *la inhabilidad general será de diez a veinte años*, la Corte considera que no está llamado a prosperar por varias razones.

En primer lugar, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa al momento de estructurar las diversas sanciones disciplinarias. A decir verdad, hace parte de su ámbito competencial establecer qué comportamientos de los funcionarios públicos merecen ser tipificados como falta disciplinaria; la existencia de causales de justificación, la sanción a imponer en cada caso y el trámite correspondiente para llegar a éstas.

En segundo lugar, la imposición de la sanción de destitución e inhabilidad general, por un término que oscila entre los 10 y los 20 años, se ajusta al principio de proporcionalidad por cuanto existe una correlación y un equilibrio entre el ilícito disciplinario y la sanción a imponer. En efecto, se trata de una sanción que está reservada para los comportamientos más lesivos que puede cometer un funcionario público, de manera dolosa o con culpa grave, como son *inter alia*, los siguientes: cometer actos de genocidio, incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario, tortura, desaparición forzada, conformación de grupos armados e incrementar injustificadamente su patrimonio.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *la inhabilidad general será de diez a veinte años,* que figura en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en esta sentencia.

SENTENCIA C-948/02

INHABILIDADES INTEMPORALES

INHABILIDADES - Potestad de configuración normativa

INHABILIDADES - No pueden desconocer derechos fundamentales

RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Finalidad

FUNCIÓN PÚBLICA - Concepto

INHABILIDADES PERMANENTES - Impedimentos para acceder a cargos o funciones públicas

INHABILIDADES PERMANENTES - Deben ajustarse a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad

INHABILIDAD PERMANENTE - Aplicable como sanción cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado

INHABILIDAD PERMANENTE - No aplicación del principio de favorabilidad

Corresponde a la Corte en consecuencia establecer

(…)

vi) Si la expresión *"salvo lo dispuesto en la Carta Política"* contenida en los artículos 14, - relativo al principio de favorabilidad- , y 32 inciso segundo, - relativo a la rehabilitación automática luego del cumplimiento de la sanciones de inhabilidad a que éste alude-, así como la expresión *"pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente"* contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, se ajustan a la Constitución, o si por el contrario ellas deben ser declaradas inexequibles por cuanto con ellas se desconocería el artículo 122 superior por introducir en materia disciplinaria una inhabilidad intemporal prevista por el Constituyente exclusivamente como sanción en el ámbito penal en el caso en que se cometan delitos contra el patrimonio del Estado.

(…)

4.3 El análisis de los cargos contra las expresiones *"pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente"* contenida en el primer inciso del artículo 46 y *"salvo lo dispuesto en la Carta Política"* contenida en los artículos 14 y 32-segundo inciso- de la Ley 734 de 2002.

El actor reúne en un solo acápite de su demanda la acusación en contra de las expresiones enunciadas, las cuales considera que vulneran el debido proceso, así como el artículo 122 superior que en su último inciso señala que "Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la Ley el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas"

Para el actor en efecto la mención que se hace a la Constitución en el caso de los artículos 14 y 32, así como el carácter intemporal que se señala para la inhabilidad que resulta de la afectación del patrimonio económico del Estado como resultado de una falta disciplinaria, implica introducir en el ámbito disciplinario una inhabilidad prevista exclusivamente por el Constituyente en el ámbito penal y para el caso en que se cometan delitos que afecten el patrimonio del Estado.

Al respecto la Corporación hace las siguientes consideraciones:

La constitucionalidad de las inhabilidades intemporales establecidas por el Legislador

La Corte recuerda que si bien la Constitución consagra directamente determinadas inhabilidades sin límite temporal entre las que se cuentan, además de la que invoca el actor (art. 122 C.P.) las que se establecen para determinados cargos como en el caso de los congresistas (art. 179-1), el Presidente de la República (art. 197), los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Nacional Electoral (arts. 232 y 264), el Fiscal General de la Nación (art. 249) o el Contralor General de la República (art. 267), no significa que el legislador carezca de facultades para establecer otras inhabilidades de carácter intemporal.

Sobre el particular cabe recordar que esta Corporación en reiteradas ocasiones ha señalado que el Legislador puede hacer uso de una amplia potestad de configuración normativa para establecer el régimen de inhabilidades de quienes aspiran a la función pública, por lo que la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad como de su duración en el tiempo, son competencia del legislador y objeto de una potestad discrecional amplia pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos. Lo que indica que el resultado del ejercicio de la misma no puede ser irrazonable ni desproporcionado frente a la finalidad que se persigue, y mucho menos desconocer otros derechos fundamentales estrechamente relacionados, como ocurre con el derecho a la igualdad, al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio[156].

Al respecto ha dicho la Corte:

"El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la

156 Ver Sentencia C- 952/01 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis S.V de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett. A.V. del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido ver, entre otras las sentencias C- 1212 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería S.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Rodrigo Uprimny Yepes y C- 373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño S.V de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett

conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma."[157]

En este sentido no puede afirmarse entonces, como parece entenderlo el demandante que el Legislador carezca de competencia para establecer inhabilidades intemporales o que la única inhabilidad permanente que pueda establecerse es la señalada en el artículo 122 superior.

Ahora bien, cabe recordar que la expedición de un régimen de inhabilidades tiene como finalidad garantizar los principios de moralidad, idoneidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, entendida ésta como "el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines".[158] Dado que dicha función se dirige a la atención y satisfacción de intereses generales, resulta razonable que se exija a las personas que aspiran a ejercerla, poseer cualidades suficientes que garanticen su desarrollo con arreglo a los principios mencionados, tal como se consagra en el artículo 209 de la Constitución[159].

Así, a través de las inhabilidades se busca asegurar la excelencia en el ejercicio de la función pública, a través de personas idóneas y con una conducta intachable toda vez que, como lo ha sostenido la Corte, *"fue propósito esencial del Constituyente de 1991 establecer un régimen rígido de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con la fijación de reglas que determinen los requisitos y condiciones personales y profesionales necesarios para su acceso, a fin de que dicho ejercicio sea resultado de decisiones objetivas acordes con la función de buen servicio a la colectividad que garanticen que el desempeño del cargo público por parte de la persona a quien se designa o elige, tenga como resultado un adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."*[160]

La Corte ha precisado en este sentido que las inhabilidades bien pueden no constituir penas impuestas por la comisión de delitos sino impedimentos para acceder a cargos o funciones públicas, establecidos por la Constitución y por la Ley con la finalidad de garantizar la realización de los fines estatales, el cumplimiento de los principios de la administración publica y el aseguramiento del interés general aún sobre el interés particular que pueda asistirle a quien resulte afectado con dichas inhabilidades. En este sentido y en cuanto no se trate de penas o medidas de seguridad impuestas por la comisión de conductas punibles, las inhabilidades que con carácter intemporal lleguen

---

157 Sent. C-617/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

158 Sentencias C-631/96 y C-564/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

159 Ver sentencia C- 1212 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería S.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Rodrigo Uprimy Yepes

160 Sent. C-380/97 M.P. Hernando Herrera Vergara.

a establecerse no vulneran el artículo 28 constitucional que prohíbe la imprescriptibilidad de las penas[161].

La Corporación ha precisado además que la posibilidad de establecer inhabilidades intemporales no se limita al caso de la comisión de delitos contra el patrimonio del Estado sino que la propia Constitución la hace extensiva a todos los delitos, como ocurre frente a la posible elección de los congresistas (art. 179-1 C.P.), del Presidente de la República (art. 197 C.P.) y del Contralor General de la República (art. 267 C.P.)[162]. Así mismo la Corporación ha precisado que tal posibilidad no se restringe a la comisión de delitos sino que la comisión de faltas disciplinarias también puede encontrarse al origen del establecimiento de inhabilidades de este tipo.

Al respecto afirmó la Corporación:

> *"Por lo demás, ya la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la intemporalidad de las inhabilidades precisamente en relación con la función notarial. En efecto, cuando decidió la demanda de inexequibilidad presentada contra los numerales 6 y 7 del artículo 133 del Decreto 960 de 1970, esta Corporación resaltó la facultad del legislador para establecer inhabilidades de carácter intemporal y tal intemporalidad se justificó en atención al propósito moralizador del Estado sobre la función notarial, dada la trascendencia de la tarea que está llamada a cumplir. Se dijo:*
>
> *(…)*
> *La consagración de inhabilidades con una vigencia indefinida no viola la Constitución, siempre y cuando la medida adoptada se adecue a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y con ellas no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública. Como se vio anteriormente, la disposición parcialmente acusada es respetuosa de estos límites impuestos al legislador[163].*
> *(…)*
> *Es importante resaltar que en ese pronunciamiento la Corte no consideró inhabilidades que remitían a la comisión de conductas punibles contra el patrimonio del Estado sino a faltas disciplinarias en cuanto hubiesen generado sanciones de destitución, dos suspensiones o tres sanciones independientemente de su naturaleza o de las faltas cometidas.*

---

161 Ver Sentencia C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño S.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

162 Ver Sentencia C- 952/01 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis S.V de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett. A.V. del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa

163 Corte Constitucional. Sentencia C-1212-012. M. P. Jaime Araújo Rentería. En este pronunciamiento los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Rodrigo Uprimy Yepes salvaron su voto reiterando el carácter de pena de la inhabilidad derivada de la comisión de un delito, la facultad privativa del constituyente para establecer una inhabilidad intemporal derivada de la comisión de un delito y la inexequibilidad de una inhabilidad intemporal derivada de una falta disciplinaria.

Si ello es así, en el caso presente tampoco se advierten motivos constitucionalmente relevantes para afirmar la ilegitimidad de la intemporalidad de la inhabilidad consagrada en la regla de derecho demandada pues ella también remite a la previa existencia de sanciones disciplinarias impuestas a notarios que no accedieron a su cargo por concurso de méritos. Tal intemporalidad se justifica en cuanto ella garantiza la idoneidad, probidad y moralidad de la función notarial mediante la exclusión del concurso de aquellas personas que en ejercicio provisional del cargo al cual aspiran incurrieron en faltas disciplinarias. Además, el carácter intemporal de tal inhabilidad guarda correspondencia con el tratamiento dado a otros aspirantes que por haber sido sancionados disciplinariamente en otros ámbitos del poder público, también están impedidos para concursar."[164]

Es decir que la Corte tiene claramente establecido que el Legislador bien puede establecer inhabilidades permanentes derivadas de la comisión de faltas disciplinarias, siempre y cuando la medida adoptada se adecúe a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y con ellas no se restrinjan ilegítimamente los derechos fundamentales de quienes aspiran a acceder a la función pública.

La constitucionalidad condicionada de la expresión "pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente"

Ahora bien, sin perjuicio de las consideraciones hechas, la Corte debe tomar en cuenta que en el presente caso la norma acusada no establece la inhabilidad permanente como consecuencia de la sanción disciplinaria e independiente de ésta sino que precisamente la configura como "sanción disciplinaria" por lo cual el análisis pertinente debe considerar esa connotación.

Así las cosas cabe señalar, siguiendo la línea jurisprudencial, que en tanto sanción, los parámetros para analizar la constitucionalidad del carácter intemporal de la norma varían, pues no se está en este caso frente a un simple impedimento para acceder a cargos o funciones públicas, que es al que alude la jurisprudencia reseñada[165], sino

---

164 Ver Sentencia C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño S.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

165 Cabe recordar en efecto que de acuerdo con la jurisprudencia "*Las inhabilidades o inelegibilidades son impedimentos establecidos por el constituyente o por el legislador, que restringen el acceso a la función pública de personas que, a su juicio, carecen de las cualidades requeridas para ejercerla. Así mismo, se consideran "como hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado".*Ver Sentencia C-1212/01 M.P. Jaime Araujo Rentería S.V. de los Magistrados Rodrigo escobar Gil y Rodrigo Uprimny Yepes.

frente al ejercicio concreto del *ius puniendi* estatal en relación con el cual la preceptiva establecida en el artículo 28 superior debe ser tomada en consideración[166].

Ha de tenerse en cuenta en efecto que de acuerdo con el último inciso de dicha disposición superior "en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles" y que como se ha señalado en esta misma providencia las garantías penales se proyectan, *mutatis mutandi*, en el campo disciplinario[167].

Ahora bien, la Corte constata que en el presente caso el Legislador en ejercicio de su potestad de configuración decidió establecer como sanción una inhabilidad permanente frente a aquellas faltas disciplinarias que afecten el patrimonio económico del Estado.

En ese orden de ideas cabe señalar que la Ley 734 de 2002 desarrolla el criterio establecido por el Constituyente de sancionar con este tipo de inhabilidad a quienes atentan contra el patrimonio del Estado y son condenados por la comisión de delitos contra dicho patrimonio (inciso final del artículo 122 Constitucional).

Empero, este desarrollo debe enmarcarse dentro de los límites que fija el propio Constituyente en materia de sanciones, por lo que para la Corte el único entendimiento de la norma acusada que puede resultar acorde con la Constitución es el que se refiere a aquellas circunstancias en las que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 *Ibidem*[168], una conducta configura simultáneamente la comisión de un delito y de una falta disciplinaria y que con ella se afecta el patrimonio del Estado.

Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *"pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente"* contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002 pero bajo el entendido que dicha inhabilidad se aplica exclusivamente cuando la falta disciplinaria que con ella se sanciona consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Política.

La expresión "salvo lo dispuesto en la Carta Política" no vulnera la Constitución

Ahora bien, para la Corte el hecho de dejar a salvo, como lo hacen los artículos 14 y 32 acusados, lo dispuesto en la Carta Política en materia de inhabilidades, si bien puede

---

166 Ver Sentencia C-827/01 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis S.V. Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

167 Ver, entre otras, las sentencias T-438/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-195 93, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-244/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-280/96 y C-1161/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-827/01 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis S.V. Magistrados Rodrigo escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

168 **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo

llegar a considerarse innecesario, o incluso un defecto de técnica legislativa, no hace que la norma sea inconstitucional.

En efecto si bien independientemente de la mención que se haga en los artículos acusados de las previsiones constitucionales sobre las inhabilidades que en ella se establecen, la consecuencia derivada de la aplicabilidad en un caso concreto de la inhabilidad que se deriva de la condena por la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado será que en ningún caso se pueda invocar la aplicación del principio de favorabilidad en materia disciplinaria (art. 14 de la Ley 734 de 2002)[169] o el derecho a la rehabilitación luego de cumplida la sanción que se haya impuesto en un caso determinado (artículo 32 -segundo inciso- de la Ley 734 de 2002)[170], para que no se aplique la inhabilidad intemporal establecida en la Constitución como consecuencia de la comisión de un delito que afecta el patrimonio del Estado, ello por si mismo no hace que la mención que se hace al respecto en las normas acusadas sea inconstitucional.

La Corte precisa además que en la medida en que una misma conducta puede, como ya se señaló, a la ves configurar un delito y una falta disciplinaria en los términos del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002[171], la mención que hacen dichas disposiciones hace que la posible modificación que de la norma disciplinaria se haga por el Legislador en determinado momento en ningún caso se pueda entender como la eliminación de la inhabilidad establecida directamente por el Constituyente.

Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad de la Expresión "salvo lo dispuesto en la Carta Política" contenida en los artículos 14 y 32 segundo inciso de la Ley 734 de 2002.

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses.

Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el

---

169 **Artículo 14**. **Favorabilidad.** En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.

170 **Artículo 32. Término de prescripción de la sanción disciplinaria.** La sanción disciplinaria prescribe en un término de cinco años, contados a partir de la ejecutoria del fallo.
Cuando la sanción impuesta fuere la destitución e inhabilidad general o la suspensión e inhabilidad especial, una vez cumplidas se producirá la rehabilitación en forma automática, salvo lo dispuesto en la Carta Política. (subrayas fuera de texto).

171 **Artículo 48. Faltas gravísimas.** Son faltas gravísimas las siguientes:
1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo

que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE - en cuanto al cargo formulado - por la Corte Constitucional en sentencia **C-1076/02**

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Conversión del término de suspensión en salarios

SANCIÓN DISCIPLINARIA - En caso de conversión del término de suspensión en salarios el cobro se efectuará por jurisdicción coactiva

a) Cargos de la demanda

Encuentra el demandante que las expresiones demandadas violan el debido proceso toda vez que a espaldas del procesado y sin que tenga ninguna relación con el debate procesal, las normas en cuestión permiten que la suspensión se convierta en multa, cuestión que agrava la situación del funcionario que probablemente se encuentra sin trabajo, y beneficia sin justificación al Estado.

b) Problema jurídico

En cuanto al cargo contra el inciso 2º del artículo 46 y el artículo 173, la Corte habrá de definir si es inconstitucional que cuando sea imposible ejecutar total o parcialmente la sanción de suspensión por renuncia o abandono del cargo, dicho término se convierta en salarios.

(…)

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

A juicio de la Corte los cargos aducidos por el actor contra el artículo 46, inciso segundo de la Ley 734 de 2002, en relación con el derecho al debido proceso, no están llamados a prosperar por las razones que pasan a explicarse.

El derecho al debido proceso se aplica para la imposición de sanciones penales, disciplinarias y administrativas. En efecto, desde temprana jurisprudencia, la Corte ha entendido que la garantía de un debido proceso irradia a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.

En el caso concreto la conversión de una sanción de suspensión por una multa cuyo monto es determinable, según el actor viola el derecho al debido proceso porque "se coloca al espaldas del procesado y sin que tenga ninguna relación con el debate procesal". A juicio de la Corte no se está violando el derecho de defensa del infractor de la ley disciplinaria en la medida en que, en el curso de la investigación que culminó con la imposición de la suspensión, contó con los mecanismos necesarios para ejercer su defensa; lo que sucede es que la sanción de suspensión es convertida en multa ante la imposibilidad práctica de ejecutar la primera, pero ni siquiera en este caso se puede entender que se trata de una sanción arbitraria porque el mismo legislador estableció, de manera clara, el criterio a seguir para cuantificar el monto de la multa a imponer.

Por su parte, la expresión *Cuando la suspensión en el cargo haya sido convertida en multa el cobro se efectuará por jurisdicción coactiva*, que figura en el artículo 173 de la Ley 734 de 2002, la Corte entiende que se trata, simplemente, de una instrumentalización, de un desarrollo lógico de lo prescrito en el inciso segundo del artículo 46 de la misma ley. Por lo tanto, resulta predicable el fenómeno de la unidad de materia.

En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción, se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial*, que figura en el inciso segundo del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, y asimismo, declarará la exequibilidad de la expresión *Cuando la suspensión en el cargo haya sido convertida en multa el cobro se efectuará por jurisdicción coactiva*, que figura en el artículo 173 de la Ley 734 de 2002. En ambos casos por los cargos analizados en esta sentencia.

La multa no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.

La amonestación escrita se anotará en la correspondiente hoja de vida.

Artículo 47. *Criterios para la graduación de la sanción.*

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;

b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;

c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;

d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;

Jurisprudencia: El aparte subrayado corresponde en el mismo sentido al aparte del literal f) del artículo 27 de la Ley 200 de 1995 que fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-280/96**.

FALTA DISCIPLINARIA - Confesión antes de la formulación de cargos

El artículo 27 preceptúa (se subraya la parte demandada):

> *"Artículo 27.- CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA. Se determina si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:*
> *(...)*
> *7. f) El confesar la falta antes de la formulación de cargos. (Se subraya la parte demandada)"*

El ciudadano Muñoz Castrillón (Exp. D-1076) considera que el aparte acusado viola los artículos 2°, 33 y 29 de la Constitución, pues si al implicado se le exige confesar su falta antes de la formulación de los cargos, prácticamente se le está compeliendo a que declare en contra de sí mismo. Señala entonces el actor:

> *"En efecto, si se exige al funcionario público confesar hechos antes de la formulación de cargos se le está compeliendo a declarar en su propia contra y se le esta llevando a pensar en su propia culpabilidad antes de ser, al menos, llamado a rendir cuentas. Así las cosas, tal como ocurre en el proceso penal, cuyos principios y garantías son aplicables en el proceso disciplinario del empleado público que esta ley establece, la confesión debe tenerse como tal cuando se presenta antes de que se dicte sentencia (fallo) de primera instancia."*

(…)

12- Uno de los actores acusa un aparte del literal f) del numeral 7º del artículo 27 del CDU, según el cual para determinar la gravedad de una falta disciplinaria se tendrá en cuenta si la persona confesó antes de la formulación de los cargos. Según el demandante, de esa manera se compele al disciplinado a declarar en contra de sí

mismo. Esta Corporación no comparte el criterio del actor pues estima que la disposición acusada fija un criterio de modulación de la falta disciplinaria y un elemento para la dosificación de la sanción, pero no se convierte en un instrumento de coacción que obligue al sujeto disciplinable a declarar contra sí mismo. En efecto, el texto legal demandado no contiene precepto que establezca la obligación de la persona investigada de confesar la falta cometida, sino simplemente brinda un beneficio a la persona que lo haga. Es el individuo sometido a una investigación disciplinaria el que libremente toma la decisión de confesar, teniendo en consideración los beneficios o perjuicios que puede desencadenar la conducta que asuma.

Por otro lado, el funcionario público que confiesa antes de la formulación de cargos ahorra al aparato disciplinario un desgaste innecesario en tiempo, dinero, recursos físicos y de personal, etc. Esta colaboración racionaliza el desarrollo de la investigación disciplinaria y justifica un trato diferente para el que confiese frente a aquél que no lo hace, aunque la Corte considera que es obvio que la sola confesión no convierte en sí misma una falta grave en leve. En ese orden de ideas, se encuentra conforme con la Carta el literal f) del numeral 7º del artículo 27 CDU.

e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;

f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;

g) El grave daño social de la conducta;

Jurisprudencia: El texto de este literal corresponde en similar sentido a la frase inicial del último inciso del artículo 29 de la Ley 200 de 1995, la cual fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-181/02**.

Establecía la frase inicial de dicho inciso: “Para la selección o graduación de las sanciones se tendrán en cuenta la gravedad de la falta”

FALTA DISCIPLINARIA - Determinación de levedad o gravedad / **FALTA DISCIPLINARIA** - Sanciones principales

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN FALTA DISCIPLINARIA - Modulación de gravedad

FALTA DISCIPLINARIA - Sistema de graduación no opera en la de carácter gravísimo

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO - Criterios aplicables

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - Criterios para determinar la gravedad o levedad de faltas disciplinarias

4. Artículos 27 y 29 (parciales) de la Ley 200 de 1995

ARTICULO 27. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD ***O LEVEDAD*** *DE LA FALTA. Se determinará si la falta es grave* ***o leve*** *de conformidad con los siguientes criterios:*

(…)

ARTICULO 29. SANCIONES PRINCIPALES. Los servidores públicos estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:

(…)

Para la selección o graduación de las sanciones se tendrán en cuenta la gravedad de la falta, *el resarcimiento del perjuicio causado, así fuera en forma parcial, la situación económica del sancionado y el estipendio diario derivado de su trabajo y las demás circunstancias que indique su posibilidad de pagarla.*

a. Cargos de la demanda

El demandante afirma que las secciones subrayadas son inconstitucionales porque no incluyen las faltas gravísimas como susceptibles de graduación sancionatoria. Así las cosas, las normas establecen una especie de responsabilidad objetiva en relación con dichas faltas, pues al servidor público que incurra en una de ellas le será imposible alegar causal alguna para obtener una reducción en la sanción imponible, siendo imprescindible en todos los casos su separación del servicio.

En últimas, considera que por la omisión del legislador, las faltas gravísimas no admiten sanción distinta a la separación del cargo, lo cual viola el principio de igualdad consignado en el artículo 13 de la Carta.

(…)

d. Consideraciones de la Corte

Cosa Juzgada Constitucional

Pese a que la admisión de la demanda presentada contra el artículo 27 de la Ley 200 de 1995 se fundamentó en que la Sentencia C-708 de 1999 no había producido efectos de cosa juzgada constitucional en relación con la norma en cuestión, del análisis que -con mayor profundidad- se hace en esta oportunidad, la Corporación deduce que los argumentos formulados por el actor de la referencia ya fueron analizados por la Corte Constitucional.

En efecto, por razón de la demanda que culminó con la Sentencia C-708 de 1999, la Corte Constitucional determinó que el legislador se encuentra habilitado por la Carta Política para establecer el sistema de modulación de gravedad de las conductas disciplinariamente reprochables. De allí que el funcionario sancionador pueda dar aplicación a los criterios de graduación, contenidos en el artículo 27 de la Ley 200, para determinar la gravedad o levedad de las faltas, incluso de aquellas que, en criterio de los particulares, podrían ser calificadas como gravísimas.

No obstante, y ello para responder a los cargos que en esta oportunidad formula el impugnante, en tratándose de las faltas que han sido catalogadas como gravísimas por expresa denominación legal, el sistema de graduación del artículo 27 no opera. En otras palabras, y de acuerdo con la providencia en cita, el hecho de que los criterios para determinar la gravedad de las faltas disciplinarias sólo se apliquen a las faltas graves o leves, mas no a las gravísimas, se encuentra ajustado a las prescripciones de la Carta Fundamental.

Dijo en aquella oportunidad la Corte:

> "Las faltas disciplinarias, para fines sancionatorios, han sido clasificadas en la Ley 200 de 1995 en tres grupos: gravísimas, graves y leves. En este orden de ideas, el artículo 25 señala cuales conductas de los servidores públicos se consideran faltas gravísimas, erigidas en causales de mala conducta, y el artículo 27, acusado, fija los criterios para determinar la gravedad o levedad de las faltas.
>
> "El legislador, con ese fin, ha precisado en el artículo 38 de esa misma ley qué debe entenderse por falta disciplinaria en general, esto es "*el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflicto de intereses*", de lo cual se puede deducir un claro propósito de evitar arbitrariedades en el ejercicio de la función pública.
>
> "Esa definición, desde una interpretación sistemática, debe ser el punto de partida para clasificar las faltas en graves o leves, por circunstancias modales, personales del infractor, del fin propio de la función pública y del servicio público afectado con las mismas, de la naturaleza y efectos de las

faltas y de las circunstancias y modalidades del hecho que las configura. Como ya se dijo, son precisas las conductas que se encuentran estatuidas como faltas gravísimas, respecto de las cuales no cabe ningún tipo de gradación (arts. 25 y 26)."

La consideración anterior se justifica, dice la Corporación, ya que el legislador es autónomo para definir, dentro de los márgenes de lo razonable, los criterios aplicables al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado. Así las cosas, la Corporación reiteró lo dicho en la Sentencia C-103 de 1997 cuando se dijo:

"…mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, y sin perjuicio de lo que más adelante se expone sobre los límites de la norma positiva, bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.

"(...)

"Quien expide la ley debe gozar de atribuciones suficientes -que a la vez comprometen su responsabilidad- para adecuar razonablemente las penas, según los diversos elementos que inciden en las conductas proscritas. La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor propiedad, por romper la igualdad y por desvirtuar el concepto de justicia, que aquélla orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas.". (Subrayas fuera de original)

Sin que sea necesario hacer comentario adicional a la enfática consideración de la Corte, esta Corporación se estará a lo resuelto en la Sentencia C-708 de 1999[172] (confirmada en la Sentencia C-292 de 2000) respecto de la constitucionalidad de los apartes subrayados de los artículos 27 de la Ley 200 de 1995 pues, contrario a lo sostenido por el actor, las faltas gravísimas, cuando su comisión ha sido comprobada y adjudicada a título de dolo o culpa, no son susceptibles de graduación para efectos de determinación de la sanción.

En igual sentido, las consideraciones vertidas por la Sentencia C-708 de 1999 permiten concluir que el aparte demandado del artículo 29 de la Ley 200 de 1995 es exequible pues, como bien lo manifestó la providencia en cita, el legislador está autorizado por la

[172] Cfr. también la Sentencia C-404/01

Constitución para *"crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados."* En el caso del artículo 29, es visto que el legislador dispuso una regla de graduación entre la sanción y la conducta que constituye criterio de proporcionalidad aplicable en la imposición del correctivo. Es de su resorte adoptar este tipo de alternativas y en nada quebranta la Carta Fundamental el que lo haga, si además con ello se persigue la imposición de una sanción justa, adecuada a la magnitud de la conducta lesiva de los intereses de la administración pública.

En tal virtud, la frase demandada del artículo 29 será declarada exequible.

h) La afectación a derechos fundamentales;

i) El conocimiento de la ilicitud;

Jurisprudencia: Literal declarado EXEQUIBLE por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

> **SANCIÓN DISCIPLINARIA** - El conocimiento de la ilicitud como criterio de graduación / **PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM** - El conocimiento de la ilicitud como criterio de graduación de la sanción no lo vulnera

a) Cargos de la demanda

Argumenta el ciudadano ISAZA SERRANO que el literal i) del numeral 1º del artículo 47, vulnera el artículo 29 constitucional porque al tomar como criterio de graduación de la sanción *"el conocimiento de la ilicitud"*, se está juzgando al procesado dos veces por el mismo hecho; la primera vez, porque dicho criterio es evaluado en sede de culpabilidad y la segunda, porque el mismo criterio se ventila en sede de punibilidad.

b) Problema jurídico

El problema jurídico planteado con relación al presente cargo consiste en establecer si el literal i) del numeral 1º del artículo 47, permite que, como lo señala el demandante, se sancione dos veces por el mismo hecho al disciplinado y en consecuencia se vulnera el principio del *non bis in ídem*.

(…)

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

La Corte considera que los cargos contra la expresión *el conocimiento de la ilicitud* que figura en el artículo 47, numeral 1 de la Ley 734 de 2002, no están llamados a prosperar, por las razones que pasan a explicarse.

El principio del *non bis in ídem* constituye una aplicación más general de la cosa juzgada, aplicable a los campos de las sanciones penales y administrativas. La finalidad última de este principio consiste en evitar que los mismos hechos o conductas disciplinables, que han sido objeto de controversia y decisión en un proceso de esta naturaleza, posteriormente vuelvan a serlo en otro de igual carácter. En el presente caso, la doble valoración del elemento cognoscitivo del ilícito disciplinario que se realiza no lesiona el principio en comento, como quiera que no se está juzgando, *stricto senso*, dos veces lo mismo, sino que un idéntico elemento de juicio se está tomando en consideración en dos oportunidades para efectos completamente distintos: en el caso de la culpabilidad, con el propósito de evitar que se incurra en un régimen de responsabilidad objetiva; por el contrario, en materia de punibilidad, el conocimiento de la ilicitud del comportamiento es un importante elemento de juicio que le sirve al funcionario que va a imponer una multa, o que debe determinar la duración de una suspensión o de una inhabilidad, la graduación de las mismas.

Al respecto, la Corte, en sentencia C-626/96, al referirse al principio de culpabilidad en materia penal el cual es aplicable, *mutatis mutandis* en asuntos disciplinarios consideró lo siguiente:

> *"La culpabilidad es supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquéllos sobre quienes recaiga."*[173] (Subrayado fuera de texto).

Más recientemente, esta Corte se refirió al principio de culpabilidad en materia disciplinaria en los siguientes términos:

> *"Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que "el derecho*

[173] Corte Constitucional, sentencia del 21 de Noviembre de 1996, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 9, 14 y 16 de la Ley 228 de 1995.C-626/96. Actor: José Fernando Reyes Cuartas. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado"[174].

En suma, la determinación del conocimiento de la ilicitud, para efectos de graduar una sanción disciplinaria, lejos de vulnerar el principio del *non bis in ídem*, constituye una decisión del legislador razonable y proporcionada, que no desborda su margen de configuración normativa.

En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *el conocimiento de la ilicitud*, que figura en el literal i) del inciso primero del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en esta sentencia.

j) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

b) Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

d) Si las sanciones son de multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

e) ~~Si las sanciones a imponer para cada una de las faltas son la multa o la amonestación, se impondrán todas~~.

---

174 Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 de la Ley 200 de 1995 "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único". C-155/02. Actor: Carlos Mario Isaza Serrano. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Jurisprudencia: Literal declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-1076/02**.

> **SANCIÓN DISCIPLINARIA** - Criterios de graduación en faltas leves vulnera el principio de proporcionalidad / **PRINCIPIO DE IGUALDAD** - Tratamiento diferente e injustificado entre los sujetos destinatarios de la sanción disciplinaria

En cuanto al literal e) del numeral 2º del artículo 47, el demandante manifiesta que se le da un tratamiento discriminatorio a los procesados por faltas leves dolosas y leves culposas, dado que respecto del concurso no opera el mecanismo de absorción consistente en que se autoriza la imposición de la sanción más grave, sino que por el contrario, se impone la sanción para la falta de mayor entidad y a su vez se impone la sanción para la falta de menos entidad, lo que acarrea la violación de los principios de igualdad y del *non bis in ídem*.

b) Problema jurídico

El problema jurídico, se circunscribe a analizar si es atentatorio contra el derecho a la igualdad y al debido proceso que el literal e) del numeral 2º del artículo 47 establezca que cuando exista concurso de conductas disciplinables, si las sanciones a imponer para cada una de ellas son la multa o la amonestación, se impondrán todas.

(…)

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

Entra a examinar la Corte si el establecimiento de un mecanismo legal conducente a resolver los problemas de concursos entre faltas leves dolosas y leves culposas, que figura en el literal e del inciso segundo del artículo 47 de la Ley 374 de 2002, vulnera la Constitución.

1. Antecedentes legislativos del concurso de faltas.

Un examen detallado de los debates parlamentarios sobre el problema de la resolución de los concursos entre faltas disciplinarias indica, que fue la voluntad del legislador modificar, por completo, la regulación que sobre el particular traía la Ley 200 de 1995:

> “Por otra parte, y en relación con la sanción que se debe imponer en caso de concurso de faltas disciplinarias, el artículo 22 de la Ley 200 de 1995, en su redacción original señalaba que al concurso de faltas disciplinarias se le aplicaría la sanción más grave, o en su defecto, una de mayor entidad. Como

consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de la expresión “o en su defecto, a una de mayor entidad”, al considerar que permitía la imposición de una sanción no definida, la concurrencia de faltas disciplinarias quedó sin la posibilidad de sancionarse en forma más gravosa. De esta manera, según la ley vigente, resulta igual cometer una o varias faltas o varias veces la misma falta, porque, en todo caso, se le impone una sola sanción: la correspondiente a la conducta más grave. El proyecto supera esta dificultad y señala que en los casos de concurso de faltas disciplinarias, si la sanción más grave es la destitución y la inhabilidad general, se aplicará aquélla y el término de la inhabilidad se aumentará hasta en otro tanto.

“Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial o la suspensión, el término de una y otra se aumentará hasta en otro tanto. Y si las sanciones a imponer son la multa o la amonestación, se impondrá una por cada conducta cometida. De esta manera se corrige otra de las manifestaciones de la falta de proporcionalidad entre el comportamiento irregular y la sanción impuesta”.

Advierte entonces la Corte que, para el legislador, el establecimiento de un mecanismo de resolución de concursos para los casos de en que éste se presente entre faltas leves dolosas (sancionadas con multa) y las leves culposas (sancionadas con amonestación), debe ser distinto al existente para los demás casos, esto es, cuando se está en presencia de concursos entre faltas sancionables con destitución e inhabilidad general, suspensión e inhabilidad especial, suspensión o multa.

2. Principios de igualdad y proporcionalidad en la regulación de los concursos de faltas disciplinarias.

En materia disciplinaria, se pueden presentar tres variedades de concursos de faltas disciplinarias: 1) cuando un mismo comportamiento humano subsume dos o más tipos disciplinarios que no se excluyen entre sí, caso en el cual se tratará de un concurso ideal o aparente; 2) cuando varias acciones llevadas a cabo con un mismo propósito, vulneran, en diversas oportunidades, el mismo deber funcional, es decir, se tratará de una falta disciplinaria continuada y 3) cuando unas o varias acciones u omisiones llevadas a cabo por el mismo funcionario público con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas, caso en el cual se estará ante un concurso material o real.

La figura del concurso da lugar a diversas formas de graduación de la sanción disciplinaria a imponer. Así pues, el legislador ha establecido usualmente tres sistemas: 1) la acumulación material, según la cual debe imponerse la suma de las sanciones correspondientes a las faltas disciplinarias cometidas; 2) la absorción que indica que debe imponerse la sanción correspondiente a la falta más grave y 3) la acumulación jurídica, que acepta la acumulación de sanciones disciplinarias pero con un límite fijado por la ley. Estos sistemas se han consagrado ya de manera concreta atendiendo al

principio general de que quien comete más faltas y de mayor gravedad debe ser mayormente sancionado.

El artículo 47 de la Ley 734 de 2002 en su numeral primero establece los criterios para la graduación de la sanción disciplinaria, cuando no se presenta un concurso de faltas. El numeral segundo del mismo artículo establece los criterios para la graduación de la sanción en los casos de los concursos ideal, material o real y la falta continuada. Para resolver esta diversidad de concursos, el legislador acogió dos técnicas: en los literales a), b), c) y d) del numeral segundo del artículo 47 de la Ley 734 de 2002 acogió la acumulación jurídica de las sanciones que conduce a que se produzca una absorción de faltas según la cual sólo se impone la sanción más grave, sin exceder el máximo legal; quiere ello significar, que nunca podrán imponerse más de veinte años para la inhabilidad general, doce meses para la inhabilidad especial, el mismo tiempo para la suspensión y ciento ochenta días de salario básico mensual como multa, atendiendo a que ellas, respectivamente, aparezcan como las más graves; por el contrario, en el literal e) de la misma norma se consagra una acumulación aritmética de sanciones disciplinarias. Por tal razón, es preciso examinar si el tratamiento desigual consagrado en el último literal, vulnera o no el principio de igualdad, tal y como lo sostiene el actor en su demanda.

La Corte no observa justificación constitucional alguna para que en el tratamiento de la resolución de los concursos se haya recurrido a dos técnicas jurídicas distintas, una de ellas que resulta desproporcionada, específicamente la del literal c) en estudio, que acoge la acumulación aritmética de faltas solo para ser aplicada a los comportamientos sancionables con multa o amonestación, es decir, aquellos eventos de faltas leves, a diferencia del criterio de la absorción, acogido en los otros literales, para los concursos de las faltas disciplinarias de mayor entidad, vulnerándose de esta manera la Constitución, pues en el primer caso la sanción a imponer no guarda correspondencia con las faltas cometidas.

En el caso del concurso entre las faltas más lesivas contra los deberes respecto de las funciones de la administración pública se previó, se insiste, el mecanismo de la absorción, en tanto que para las menos lesivas, el de la acumulación aritmética, es decir el legislador sancionó de manera más drástica comportamientos menos lesivos apartándose del principio general que indica que quien comete faltas más graves debe recibir una mayor sanción.

En suma, si bien el legislador goza de un margen de discrecionalidad para establecer los criterios encaminados a resolver los concursos de las faltas disciplinarias, el ejercicio de tal competencia no puede conducir a resultados desproporcionados y atentarios contra el principio de igualdad, en el sentido de establecer un tratamiento diferente e injustificado entre los sujetos destinatarios de la sanción disciplinaria.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la inexequibilidad del literal e) del inciso segundo del artículo 47 de la Ley 734 de 2002.

LIBRO II

PARTE ESPECIAL

T I T U L O Ú N I C O

LA DESCRIPCION DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN PARTICULAR

CAPITULO I

Faltas gravísimas

Artículo 48. ***Faltas gravísimas.*** Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Jurisprudencia: Numeral 1° declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado en sentencia **C-124/03** de la Corte Constitucional cuyos apartes sustanciales se encuentran transcritos en seguida del artículo 43 numeral 9.

2. Obstaculizar en forma grave la o las investigaciones que realicen las autoridades administrativas, jurisdiccionales o de control, o no suministrar oportunamente a los miembros del Congreso de la República las informaciones y documentos necesarios para el ejercicio del control político.

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

Doctrina: Procurador General de la Nación, doctor Edgardo José Maya Villazón. Radicación Nº **162-19255-98**.

FRACCIONAMIENTO DE CONTRATO / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA

CONTRATACIÓN DIRECTA - Exigencia de observar los principios básicos de la contratación estatal / **CONTRATACIÓN DIRECTA** - Deber de selección objetiva

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

PATRIMONIO PÚBLICO - Menoscabo por indebido incremento patrimonial de terceros

Indica la testigo que para adelantar toda la campaña publicitaria del Instituto, se efectuaron invitaciones a diversas firmas de publicidad, con lo que considera se cumple el requisito de la selección objetiva y la transparencia en la escogencia del contratista; sin embargo este Despacho considera que ha debido para cada contrato invitarse a las firmas a presentar propuestas.

En efecto una determinación en contrario lo que implica es la arbitraria creación de un monopolio o la disfrazada ejecución de un mismo contrato a través de la celebración de diversos con el mismo objeto.

La celebración de cada contrato comporta, independientemente del objeto, el cumplimiento de los requisitos de que trata la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y la observancia de los principios que orientan la actividad contractual. La existencia de una invitación pública inicial, en este caso presentada dos años antes de la celebración del contrato, no sustituye tal requisito frente a cada uno de los procesos contractuales adelantados y en el presente caso no suple la falta de invitaciones que conlleva la ausencia de propuestas situación que apareja el desconocimiento del deber de selección objetiva por parte del Presidente del Instituto de los Seguros Sociales.

Contrario a lo afirmado, precisamente lo que demuestra ab initio que la contratación no puede tenerse como intuito personae es la propia experiencia del Instituto, que en idéntico caso sí había respetado los elementales principios que rigen la contratación pública.

En efecto, como lo sostuvo en su momento la Comisión Especial Disciplinaria encargada de adelantar la presente investigación, no se trataba de adelantar el trámite licitatorio para la escogencia del Contratista, por que es claro que se podía contratar en forma directa, pero ello no es óbice para la escogencia objetiva, aspecto que no se tuvo en cuenta por el implicado al momento de suscribir el contrato objeto de reproche, esto es el contrato 206 de junio 11 de 1998.

La Procuraduría no desconoce la especial naturaleza del Seguro Social y obviamente se ubica en la época en que tuvo lugar la Contratación cuestionada; advierte que si bien la Ley 100 de 1993 abrió las puertas para que el Instituto entrará a competir frente a otras nacientes instituciones de carácter privado y que como consecuencia de ello, se le permitiese llevar a cabo campañas de publicidad para participar en el mercado que se había abierto, esta permisión no implicaba el desconocimiento de las normas en materia contractual, pues no se trataba de una empresa privada, sino de una entidad muy importante, que jamás se ha considerado por la Procuraduría, como erróneamente lo percibe el disciplinado, como de "quinta categoría".

En efecto advierte el Despacho que se trata de una de las Entidades más grandes e importantes del país, pero ello también obliga a no olvidar que se trata de una entidad pública sujeta a las normas contractuales, en la ejecución de sus recursos; a diferencia de lo que puede suceder con una empresa particular, la empresa pública está supeditada a normas ya que no se debe dejar de lado que lo que administra no es otra cosa que recursos públicos. Pero está sujeta, como se dice, no apenas a normas legales, sino también a los cánones superiores de la Constitución Política, que obligan el respeto del principio de igualdad de participación (art. 13 C. Pol.), imparcialidad (art. 209 C. Pol.) y libre competencia económica (art. 333 C. Pol.), principios éstos concretizados en las normas al uso en materia de contratación estatal.

Así las cosas, encuentra el despacho que sólo se invitó públicamente, como lo ordena la Ley, en una ocasión y que dicha invitación tuvo lugar en el año 1996. En aquella oportunidad se presentaron diversas firmas de publicidad, de las cuales la Administración del Seguro escogió algunas propuestas para llevar a cabo el proceso contractual; las firmas escogidas conformaron una unión temporal y el Seguro Social para desarrollar el objeto de cada contrato, sin haberse establecido bajo que criterios, escogía entre alguna de las firmas que integraban la Unión Temporal. Dicha unión temporal se denominó Grupo de los 4 y se integró por las firmas Pezeta Publicidad, Degris Publicidad, Molina y Asociados y JB publicidad.

El contrato 206 de junio 11 de 1998 fue suscrito por el Doctor Wolf Isaza con la firma JB publicidad Ltda., sin que la escogencia de la firma estuviese precedida de invitaciones a diversas firmas para entre ellas preferir aquella que más conviniese, lo anterior, en la medida en que como se ha señalado, se omitió por parte del Instituto de los Seguros Sociales convocar para que ante la multiplicidad de opciones, se pudiese elegir la mejor, concepto relacional de imposible concreción cuando sólo se cuenta con una oferta.

Como se indicara, la posibilidad de contratar directamente no implica discrecionalidad en la escogencia de quien prestará sus servicios al Estado; la contratación directa lleva implícita la exigencia al contratante de observar los principios básicos de la contratación estatal. La permisión que efectúa el legislador, a quien tiene a su cargo la Contratación para efectuar la misma en forma directa, no comporta el desconocimiento de los

principios que gobiernan la contratación y cuya inaplicación o desconocimiento, se erigen en falta disciplinaria.

Por el contrario, el deber de selección objetiva debe observarse incluso en los eventos de contratación directa; así lo ha sostenido la H. Corte Constitucional en sentencia C-049 de enero de 2000, que fuese citada en el pliego de cargos.

El principio de transparencia es principio rector pero además norma vinculante e imperativa, con el que se busca garantizar la libre competencia en absoluto respeto del principio de igualdad. Quien tiene la potestad de comprometer los recursos públicos, debe atender en primer lugar al interés común; por ello sólo le esta permitido contratar con la mejor opción a la que sólo se accederá si previamente se han presentado diversas alternativas a la Administración.

En el asunto bajo estudio, el Seguro Social sólo garantizó a algunos sujetos del mercado, la posibilidad de proponer sus servicios en una ocasión y en las demás se impidió competir en condiciones de igualdad, desconociendo el deber de selección objetiva, situación que, en consecuencia, no le permitía a la administración identificar una propuesta más favorable para la entidad.

Se limitó el mercado a tres o máximo cuatro firmas entre las que se adjudicó el contrato; es más en el presente asunto, sólo se invitó a una de ellas, a JB publicidad.

Las argumentaciones expuestas respecto a tratarse de contratación intuito personae, no pueden acogerse; la propia historia contractual del Instituto indica que ello no es así, y es que la propia naturaleza del objeto contractual, bien indica que no es la publicidad de un servicio como el ofrecido por el Instituto, un asunto en el cual se comprometan esforzados criterios artísticos, culturales o similares, que lleven a pensar que sólo una persona puede adelantarlos.

Así las cosas considera este Despacho que se ha probado el cargo formulado contra el Doctor Carlos Wolf Isaza, por la celebración del contrato 206 de 1998, con desconocimiento claro de los principios consagrados en la Ley 80 de 1993 de transparencia, economía y el deber de selección objetiva, cuya observancia es un imperativo aun tratándose de contratación directa.

En consecuencia tal comportamiento desconoció los deberes que se imponen en el artículo 40 numerales 1, 2, 3, 13,18, 22 y 23 de la Ley 200 de 1995, vigente al momento de los hechos.

(...)

Mediante proveído de octubre de 2001, la Comisión Especial formuló pliego de cargos al Presidente del Instituto al disponer el traslado de la sede Administrativa del Seguro Social, ubicada en el Centro Administrativo Nacional a otra, tomada en arriendo, lo que

conllevó altos costos ($1´056.165.035), que comprendieron la adecuación del inmueble arrendado. Estas inversiones afectaron en forma grave el patrimonio de la Institución.

Indicó la Comisión que la Presidencia del Seguro Social suscribió un contrato de arrendamiento del inmueble localizado en la carrera 15 con calle 100 para ubicar allí la parte Administrativa de la institución y que adicionalmente se tomaron otros inmuebles en arriendo para ubicar el resto del personal que laboraba en la sede del CAN

Se reprocha en el pliego de cargos la falta de planeación de la Presidencia del Instituto, cuando decide entregar la sede Administrativa, sin que previamente se hubiesen establecido las locaciones en las que funcionarían las dependencias de la sede Nacional, teniendo además en consideración que se había aprobado una partida por $15.515.390.000 para la adquisición de una nueva sede y aún así se opta por tomar en arrendamiento diversos inmuebles e invierte en ellos por concepto de adecuación importantes sumas de dinero.

Argumentos de los sujetos procesales.

Sobre este aspecto ha señalado el apoderado de Wolf Isaza que no era una ubicación de carácter temporal al punto que aún a la fecha allí se encuentra funcionando la sede administrativa nacional, indica que fue de carácter prioritario dicha contratación en la medida en que era necesario que entrara en funcionamiento la Clínica del Niño.

Indica que existen en consecuencia contradicciones entre lo afirmado en el pliego de cargos por la comisión ya que siempre allí se ha hecho referencia a que lo primordial radica en la salud y que esto es lo que se persigue con el traslado. Insiste en el argumento que es más rentable arrendar un inmueble que adquirirlo.

Carlos Wolf en la versión libre y espontánea que rindiera el pasado 2 de Diciembre sobre este aspecto reiteró la necesidad del traslado para la puesta en marcha de la clínica del niño, indicó que durante más de seis meses se buscaron todas las posibilidades, en un proceso que lideró la Vicepresidencia Administrativa, por lo que insiste en la declaración de la Doctora Amparo Araujo quien asegura puede dar fe de que se buscaron todas las opciones para comprar o alquilar un edificio que permitiera ubicar la administración

Señala que todo el proceso se consultó con Planeación Nacional y que el concepto de Planeación fue claro en el sentido de dar prioridad a la alternativa de alquilar contra la de comprar un edificio. Señala que los investigadores ignoran que un edificio comprado o alquilado es necesario hacerle adecuaciones para el funcionamiento de la entidad, e indica

> "…a nadie se le ocurre que un Instituto tan grande como el Seguro Social va a encontrar un edificio nuevo o alquilado hecho a su medida…."

(...)

En el punto sobre el cual el implicado manifiesta que Planeación Nacional fue clara en el sentido de dar prioridad a la alternativa de alquilar, contra la de comprar un edificio, es preciso resaltar lo señalado por Planeación Nacional en documento UIFP-DEFED 20-085-97 de 19 de Septiembre de 1999 dirigido a Carlos Wolf:

> "Respecto al traslado provisional de la sede administrativa, el cual se efectuará bajo la modalidad de arrendamiento mientras se adecua la sede definitiva que le Instituto le comprará al Ministerio de Trabajo, el Departamento Nacional de Planeación establece que dicho traslado podrá llevarse a cabo solamente cuando el ISS haya celebrado el contrato de adquisición de la sede definitiva y solucionado los aspectos jurídicos y contractuales con el actual contratista de la obra…".

Nótese como no es cierto que la opción de arrendamiento fuese prioritaria en concepto de planeación, sino que lo aceptó como medida provisional, sujeta a la adquisición de la sede definitiva; es como se indicó anteriormente, del seno del consejo Directivo que surge esa propuesta. En el acta 089 se indicó

> "…Una vez analizada la posibilidad de adquirir dicha edificación, los miembros del Consejo Directivo, teniendo en cuenta que la actual sede administrativa se debe adecuar urgentemente a clínica materno infantil, propusieron a la administración tomar una sede en arriendo y adquirir la edificación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para lo cual solicitaron efectuar el trámite respectivo…" (Cfr. Folio 24 C6)

Se establece entonces que, para la época de los hechos, era muy claro que la medida de arrendamiento sería un asunto provisional lo que no justificaba invertir en adecuaciones transitorias, pero no sólo apenas eso sino además efectuar inversiones suntuarias irrecuperables para el Instituto. El hecho que administraciones posteriores a las de Wolf Isaza no hayan variado de sede no significa que para el momento en que se arrienda la sede y se adecua no fuera absolutamente claro el carácter provisional de la medida de arriendo. Se insiste pues en que los argumentos defensivos del implicado no sólo reciben claro mentís de lo dicho por Planeación sino que implican de manera clara, la ligereza con que se obró, dando rienda a criterios unilaterales, subjetivos y arbitrarios, antes que a criterios de estricto respeto y defensa de los intereses públicos del Instituto.

Ahora bien, en relación con el aspecto de la adecuación de la Sede, en primer término es oportuno precisar que este Despacho no puede aceptar el argumento de defensa, que esboza el apoderado del señor Carlos Wolf al manifestar que:

> "Los gastos de adecuación, la (sic) hacen todas las instituciones, nos (sic) mas veamos, cuanto tiempo lleva la Procuraduría adaptando unos pisos para el funcionamiento de unas oficinas, resulta imposible siquiera pensar, que los funcionarios a nivel nacional desmerecen unas oficinas dignas…".

La diferencia radical, que olvida el abogado, es que los pisos de la sede de la Procuraduría en renovación, pertenecen al patrimonio del ente de control; ocurre en el caso del ISS, que se han asumido costos que conforme a lo pactado, corresponden al arrendador.

Evidentemente, un inmueble debe ser objeto de adecuaciones, máxime como en el presente caso, si se tiene que el tomado en arriendo no cumplía con lo requerido para efectuar el traslado de la sede. Sobre este aspecto se establece, a partir de la visita especial practicada, que se ejecutaron contratos que ascendieron a la suma de $592.657.598.

En efecto se suscribieron los siguientes contratos: No. 5270 por $168.179.195 para efectuar obras de adecuación de la Nueva Sede, aceptación de oferta 011 por valor de $19.992.410 para el suministro de 358 metros cuadrados de Alfombra para la Presidencia, contrato 5289 para la adecuación del sistema eléctrico por un valor de $148.484.184. Contrato 035 para la adecuación del Sótano por $26.413.122, Contrato 5308 por $170.000.000 para el funcionamiento de la Red. Contrato 079 por $39.873.150 para la instalación, suministro y montaje de oficina abierta para la Dirección Jurídica por $39.873.150 y el contrato 090 para el funcionamiento de la central telefónica de la Sede Administrativa del ISS por un valor de $19.715.537.

De los anteriores contratos considera el funcionario experto que la única obra que se puede tildar como suntuaria dentro de las contratadas para el edificio Administrativo de la calle 100, es

> "…la adquisición del tapete que fue colocado en las Oficinas de la Presidencia del ISS, acotando que el citado elemento no podrá ser reutilizado en otro sitio, por la cantidad de cortes y empalmes que debe tener…"

Sobre este aspecto el implicado señaló:

> "… no es cierto que se hayan gastado dos mil trescientos ocho millones en adecuar el edificio alquilado y mucho menos que eso se hubiera gastado en tapetes y en muros, los tapetes que se pusieron en el edificio alquilado escasamente costarían unos pocos millones de pesos, que valdría la pena que se estableciera con exactitud cual es el monto verdadero de los tapetes, porque con una aseveración tan general se pretende desviar la atención de una manera curiosa porque los tapetes antes eran un lujo, hoy en día son posiblemente el material más barato…"

Evidentemente existieron múltiples gastos, sin embargo en tapetes sólo se comprobó la existencia de la aceptación de oferta 011 para el suministro de 358 metros cuadrados, lo que además se califica como obra suntuosa y la inversión irrecuperable para el Instituto.

Posiblemente para el Dr. WOLFF, según se entrevé de sus palabras, $19.992.410 son unos pocos millones; sin embargo, ha de aclararse que desde el monto de un solo peso de los dineros del Estado hasta la cuantía más elevada, deben administrarse con todo celo y total corrección; una suma de $19.000.000 no puede ser la excepción; es evidente que del manejo adecuado de una Entidad como el Seguro Social depende, como se sostuvo en su oportunidad dentro de esta investigación, el bienestar, y la seguridad social de miles de colombianos por lo que se exige el mayor de los cuidados en la inversión de los recursos así estos fueran, en consideración del funcionario, mínimos o mejor dicho "unos pocos millones de pesos".

Es más $19.000.000 pueden representar el suministro de medicamentos a un paciente o el reconocimiento o no de la pensión de un trabajador. De lo anterior se comprueba la existencia de una conducta irregular ante la ausencia de planeación en la selección de la sede y ausencia de cuidado en el manejo de los recursos públicos.

Tal comportamiento constituye falta gravísima (Art. 25 No. 4), según se ha discernido en el pliego de cargos, pues, si se tiene en cuenta el objeto del Seguro Social, el destinar sumas altas de dinero en la mejora de bienes ajenos que se ocuparán apenas temporalmente, con objetos suntuarios irrecuperables para el Instituto al retornar el inmueble a su legítimo propietario, es evidente colegir que se ha propiciado un indebido incremento patrimonial ajeno (o de terceros) con desmedro del patrimonio público del ISS.

Se considera que la falta disciplinaria endilgada en el pliego de cargos, ha sido cometida a título de dolo, en la medida en que el funcionario conocía su deber funcional y obró trasgrediéndolo con conciencia y voluntad; consideró –como aún considera- que sobre casi 20 millones de pesos no tenía el deber de efectuar un ponderado, calculado y medido manejo.

4. Omitir, retardar y obstaculizar la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función.

Jurisprudencia: Los apartes subrayados fueron declarados EXEQUIBLES - en cuanto a los cargos analizados - por la Corte Constitucional en sentencia **C-1076/02**.

FALTAS GRAVÍSIMAS - Comportamientos que comprende

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Mayor sanción a comportamientos que guardan relación con faltas gravísimas o comportamientos delictuales

a) Cargos de la demanda

Sostiene el libelista que las expresiones *"gravísimas",* y *"dolosos, preterintencionales y culposos"* contenidas en el numeral 4º; *"grave"*, contenida en el literal a) del numeral 5º; *"fundada en motivos políticos"*, contenida en el numeral 6º; "*graves"* contenida en los numerales 7º y 9º, y *"gravemente"*, contenida en el numeral 19º, violan los artículos 7, 13, 19 y 29 de la Constitución, porque privilegian de forma irrazonable y desproporcionada a los funcionarios públicos al dejar sus conductas impunes o con sanciones de poca entidad, dado que dichas normas exigen para que se configure la falta gravísima, que los atentados producidos por esos funcionarios contra la vida, honra, bienes y demás derechos de las personas residentes en Colombia tengan la calidad de *"graves"*, cuestión que es inaceptable, en orden a que cualquier lesión, independientemente de su naturaleza, que se infrinja la integridad física, moral o social de un grupo, debe ser considerada sin medir su entidad o resultado, como falta gravísima. En ese mismo sentido, explica el actor que las normas en cuestión no garantizan la diversidad étnica y cultural de la Nación ni la libertad de culto consagradas en los artículos 7º y 19 de la Carta Política.

b) Problema jurídico

La Corte habrá de juzgar si los preceptos acusados favorecen injustificadamente a los funcionarios públicos por consagrar que para que se configuren las faltas gravísimas en ellos previstas, es necesario que las conductas desplegadas por esos funcionarios tengan consecuencias graves para las víctimas.

(…)

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

Estima la Corte necesario analizar, por separado, el cargo dirigido contra algunas expresiones del numeral 4 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 de aquel que se dirige contra determinadas expresiones que figuran en los numerales 5, 6 7, 9 del mismo artículo, como quiera que estas últimas se refieren a temas de derechos humanos y derecho internacional humanitario. De igual manera, se examinará aisladamente el cargo contra el numeral 19 del artículo 48.

1. Examen de constitucionalidad de determinadas expresiones que figuran en el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

El examen de los antecedentes legislativos del nuevo Código Disciplinario Único pone de presente la voluntad del Congreso de la República de diseñar un nuevo catálogo de faltas gravísimas, así como de deberes y prohibiciones cuya trasgresión constituye falta grave o leve. En efecto, en la exposición de motivos de la ley en comento se argumenta lo siguiente:

> "El artículo 25 del estatuto disciplinario vigente, que consagra las faltas que en mayor medida atentan contra la administración pública, denominadas gravísimas, ha sido duramente criticado porque su enumeración es muy escasa, con lo cual se impide destituir a funcionarios que cometan conductas especialmente graves que no están contempladas en la ley.
>
> "Según el criterio acogido en el proyecto, la naturaleza de las faltas gravísimas siempre es dolosa. Cuando son cometidas a título de culpa, excepcionalmente dan lugar a la destitución, como es el caso de la manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio del cargo, que por disposición constitucional dan lugar a la desvinculación. De esta manera se garantiza que la destitución e inhabilidad general para desempeñar funciones públicas, dada su severidad, sólo procederá frente a conductas particularmente graves y cuando el funcionario ha obrado con la intención y conciencia de esta afectando la buena marcha de la administración pública".175

En este orden de ideas, las faltas consideradas como gravísimas están reservadas a los comportamientos que lesionan en mayor medida la correcta administración del Estado, los derechos humanos y las reglas del derecho internacional humanitario, la moralidad pública y el patrimonio del Estado. En esa dirección se incardina, precisamente, el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Ahora bien, el hecho de que el legislador haya considerado que únicamente constituye falta gravísima la omisión, el retardo o la obstaculización de la tramitación de una actuación disciplinaria originada en falta gravísima cometida por un servidor público, y asimismo, la omisión o el retardo en denunciar faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón de su cargo o función, y no haber considerado como tal los casos de faltas graves o leves, no vulnera el principio de igualdad entre los funcionarios públicos en la medida en que no está estableciendo un tratamiento más benévolo entre los servidos públicos. La norma, por contrario, respeta los principios de igualdad y proporcionalidad, al acordarle una mayor sanción a estos comportamientos que guardan relación con faltas gravísimas o con comportamientos delictuales. En los demás casos, constituirá una falta grave o leve, a la luz del artículo 50 de la Ley 734 de 2002, con lo cual, tampoco se está originando impunidad disciplinaria.

---

175 *Ibídem*, p. 23.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad de las expresiones *gravísimas*, *dolosos, preterintencionales o culposos*, que figuran en el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en esta sentencia.

5. Realizar cualquiera de los actos mencionados a continuación con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social:

Jurisprudencia: El texto subrayado que en similar sentido corresponde al texto del artículo 25, numeral 5°, literal a) de la Ley 200 de 1995, fue declarado EXEQUIBLE - por los cargos analizados - en sentencia **C-181/02** de la Corte Constitucional.

LEY DISCIPLINARIA - Proscripción de responsabilidad objetiva

DERECHO PENAL - Sanción por acciones dolosas o culposas **/ DERECHO DISCIPLINARIO** - Sanción por acciones dolosas o culposas

DERECHO DISCIPLINARIO - Dolo o culpa son elementos constitutivos de la acción **/ DERECHO DISCIPLINARIO** - Ontología de la falta determina realización con dolo o culpa

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Regla general es el castigo de la culpa **/ FALTA DISCIPLINARIA** - Sanción de números abiertos

DERECHO PENAL - Sistema de números cerrados

DERECHO DISCIPLINARIO - Sistema de números abiertos en tipos de conductas que merecen sanción

DERECHO PENAL - Implementación en demás regímenes no es plena

DERECHO PENAL ANTE DERECHO SANCIONATORIO DISCIPLINARIO - No transportabilidad total de principios

SISTEMA DE NUMERUS APERTUS EN DERECHO DISCIPLINARIO

RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y RÉGIMEN PENAL - Distinción en objetivos

NORMA DISCIPLINARIA - Normal y correcto funcionamiento de la gestión pública

DERECHO DISCIPLINARIO - Deber de cuidado, diligencia y corrección en desempeño de funciones

DERECHO DISCIPLINARIO Y DERECHO PENAL - Diferencia de trato en materia sancionatoria

DERECHO SANCIONADOR DISCIPLINARIO - Tipos no son autónomos por regla general

INFRACCIÓN DISCIPLINARIA - Establecimiento de tipicidad **/ INFRACCIÓN DISCIPLINARIA** - Definición de tipicidad a través de normas complementarias

NORMA DISCIPLINARIA - Complemento normativo **/ SANCIÓN DISCIPLINARIA** - Complemento normativo **/ INFRACCIÓN DISCIPLINARIA** - Supone existencia de un deber

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Metodología de los números abiertos

FALTA DISCIPLINARIA - Incumplimiento de deberes **/ SANCIÓN DISCIPLINARIA** - Cumplimiento incompleto o defectuoso de deberes de cuidado y eficiencia

DERECHO SANCIONADOR DISCIPLINARIO - Comportamiento culposo

DERECHO SANCIONADOR DISCIPLINARIO - Regla aplicable es la del *numerus apertus*

DERECHO DISCIPLINARIO - Sanción por conducta culposa o dolosa

DERECHO DISCIPLINARIO - Estructura del tipo determina incursión en dolo o culpa

LEY DISCIPLINARIA - Faltas gravísimas

FALTA DISCIPLINARIA POR GENOCIDIO - Carácter gravísimo **/ FALTA DISCIPLINARIA POR DESAPARICIÓN FORZADA** - Carácter gravísimo

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN CONDUCTA ILÍCITA - Sujeción a la Constitución

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN CONDUCTA DISCIPLINARIA - Sujeción a la Constitución

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN DEFINICIÓN DE

CONDUCTA E IMPOSICIÓN DE SANCIONES - Límites

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN CONDUCTA ILÍCITA - Límites constitucionales e internacionales

GENOCIDIO - Penalización de conducta dolosa o culposa

GENOCIDIO - Predicable a título de dolo

GENOCIDIO - Dolo por acción o por omisión

GENOCIDIO - Comisión excepcional a título de imprudencia

FALTA DISCIPLINARIA - Carácter gravísimo

FALTA DISCIPLINARIA POR GENOCIDIO - No solo la constituye la lesión grave

FALTA DISCIPLINARIA - No solo la constituye la lesión grave

FALTA DISCIPLINARIA POR GENOCIDIO - No condicionamiento a realización en asalto

a. Cargos de la demanda

Los apartes demandados del artículo 25 de la Ley 200 son contrarios a la Carta Política por cuanto la penalización de dichas conductas exclusivamente en la modalidad dolosa constituye un desconocimiento de los principios de protección a la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia y de justicia y paz sociales. Sostiene que la culpa también ha propiciado la vulneración de los derechos constitucionales y que esta circunstancia debe ser regulada por el régimen disciplinario.

Adicionalmente, advierte que calificar como falta disciplinaria las lesiones graves y ejecutadas en asalto, infligidas a un grupo de personas determinado, es desconocer que cualquier lesión, independientemente de su intensidad, debe ser sancionada como falta gravísima. La calificación modal de la conducta permitiría, en palabras del actor, que los actores especializados en la comisión de las mismas diseñaran pautas de comportamiento y argumentos jurídicos para convertirlas en atípicas, evitando de esa forma la aplicación de la ley disciplinaria.

Alude además que el propósito de desaparecer personas no puede constituirse en elemento de calificación de la conducta de privación de la libertad, porque ello atenta contra el deber del Estado de proteger los derechos de los asociados.

(…)

d. Consideraciones de la Corte

El demandante sostiene que el legislador quebrantó los principios constitucionales referidos a la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia, al disponer que las conductas descritas como faltas gravísimas en los literales a) y b) del artículo 25 de la Ley 200 de 1995, sólo son sancionables si se cometen a título de dolo. Sostiene que debido a la gravedad de dichas conductas, éstas deberían admitir sanción disciplinaria por comisión culposa.

Ni los intervinientes ni el señor procurador están de acuerdo con dicha posición, aunque la vista fiscal pide a la Corte retirar del ordenamiento jurídico algunas expresiones que, por cualificar inadecuadamente el tipo de la conducta, quebrantarían el precepto constitucional que consagra la prohibición de tratos crueles, inhumanos, degradantes, la desaparición forzada y las torturas (art. 12 C.P.)

En atención a que el cargo de la demanda plantea dicho interrogante, esta Corporación deberá dilucidar si las faltas gravísimas a que hace referencia el artículo 25 de la Ley 200 de 1995 sólo pueden ser cometidas a título de dolo o si admiten la culpa como modalidad de la conducta. Si las conductas allí descritas sólo resultan punibles cuando han sido cometidas dolosamente, habría que determinar si, como lo dice el demandante, esta circunstancia es contraria a las prescripciones de la Carta Política.

i) El régimen de la culpa en el derecho disciplinario

Retomando el artículo 29 de la Constitución Política, *"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*". En armonía con esta premisa constitucional, el artículo 14 de la Ley 200 de 1995 consagra la proscripción de la responsabilidad objetiva en los siguientes términos:

> *"ARTICULO 14. CULPABILIDAD. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de* ***dolo o culpa****."*

En el campo del derecho disciplinario, el artículo 18 del Código Disciplinario Único prevé que a dicho régimen le son aplicables los principios rectores del Código Penal, uno de los cuales erradica la responsabilidad objetiva del ámbito del derecho punitivo penal del Estado. La norma del estatuto penal señala que *"Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva."(Art. 12 del Nuevo Código Penal. Ley 599 de 2000)*.

Del recuento normativo precedente es fácil deducir que en materia penal, al igual que en el campo del derecho disciplinario, la sanción imponible por la comisión de una conducta reprochable sólo tiene lugar en presencia de acciones dolosas o culposas.

Ciertamente, la proscripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano impone la restricción de sancionar la conducta por el sólo hecho de la ocurrencia del resultado y exige, en cambio, verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga.

Ahora bien, la circunstancia de que las conductas que vulneran el régimen jurídico merezcan sanción sólo cuando se realizan de manera culposa o dolosa no significa que todas las infracciones admitan ser ejecutadas en ambas modalidades de conducta. La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles.

Con todo, el hecho de que las infracciones a la ley puedan ser cometidas, unas a título de dolo, otras a título de culpa, y que esa determinación no provenga más que de la naturaleza o de la ontología de la conducta, no significa que el Estado, en todas las manifestaciones del derecho sancionatorio, aplique la misma regla de castigo y sancione por igual a quien atenta contra el orden jurídico de manera imprudente que a quien lo hace con la intención positiva de lesionarlo.

En la órbita disciplinaria, la doctrina y la jurisprudencia especializadas reconocen que la regla general sancionatoria es el castigo de la culpa. A este sistema de sanción de las faltas disciplinarias se le ha denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal.

El sistema de *numerus apertus*, acogido por el derecho disciplinario, admite la posibilidad de castigar las conductas disciplinarias en que se ha incurrido a título de culpa, no obstante la ley se abstenga de reconocerlo *ex profeso*. La consecuencia de mayor realce en el sistema acogido por el derecho disciplinario es que generalmente la determinación de si una conducta puede ser sancionada a título de dolo o culpa corresponde a la autoridad encargada de imponer la sanción, no a la ley, y viene impuesta, fundamentalmente, por ese elemento, referido anteriormente: la naturaleza de la conducta sancionable.

La adopción del sistema de números abiertos suele suscitar entendibles cuestionamientos entre quienes consideran que por esa vía se pone en entredicho el principio de legalidad de la sanción y se transfiere a la administración, mediante delegación ilegítima, la exclusiva facultad legislativa de determinar los elementos de la conducta disciplinariamente reprochable. Por esa vía, dicen los contradictores, se releva al legislador de definir a qué título son sancionables las faltas disciplinarias, dejándose al arbitrio de la administración tan importante función.

Así mismo se arguye que aquella divergencia en el manejo del concepto de sanción y culpa atenta contra la garantía sustancial del derecho disciplinario según la cual, los

principios generales del derecho penal se aplican también al derecho sancionatorio de la administración.

Aunque la aplicación de la tesis del *numerus apertus* que se da a los conceptos de culpa y dolo en la estructura del ilícito disciplinario podría ser considerada como una violación de las garantías procesales del investigado, es preciso asegurar que no lo es. Debe recordarse –como primera medida- que las máximas del derecho penal sólo son aplicables *mutatis mutandis*[176] a los demás regímenes sancionatorios, lo cual quiere decir que su implementación no es plena sino que admite excepciones, atenuaciones o paliativos que generalmente se derivan de los objetivos diferenciales que identifican a cada esfera del régimen sancionatorio.

Para ilustrar este primer punto conviene citar la posición de la Corte respecto de la transportabilidad de los principios del derecho penal al derecho sancionatorio disciplinario, pues de ésta se extraen importantes luces que permiten contestar los argumentos expuestos contra la tesis de números abiertos:

"La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido." (Sentencia T-146 de 1993)

Y en otra ocasión, la Corte dijo:

> *"No resulta admisible, por lo tanto, aplicar las normas penales a lo disciplinario, sin hacer las adaptaciones necesarias que imponen las especificidades antes anotadas. No obstante, mientras el derecho disciplinario no termine el proceso de construcción de las reglas y principios que le son propios las remisiones a los principios, garantías e instituciones penales serán inevitables; aunque no debe llegarse a la situación de extremar la aplicación de éstas en desmedro de las reglas especiales que gobiernan el sistema disciplinario." (Sentencia C-769 de 1998)*

Ahora bien, en el caso del derecho disciplinario, son varias las razones que llevan a la doctrina a acoger el sistema del *numerus apertus* y a desechar el *numerus clausus* como mecanismo definitorio del tipo de conductas –dolosas o culposas- que merecen sanción disciplinaria.

---

[176] Cfr. entre otras, las Sentencias C-386 de 1996, C-599 de 1992, C-390 de 1993, C-259 de 1995, C-244 de 1996 y C-690 de 1996.

En primer lugar, se tiene que los objetivos perseguidos por la ley disciplinaria son claramente distintos a los que pretende el régimen penal. De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 200 de 1995, la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. El derecho penal, por su parte, no establece prohibiciones ni formula mandatos, aunque la regla secundaria que subyace a la norma penal los presupone. La norma penal castiga a quien en el mundo fáctico ha incurrido en la conducta descrita en el tipo, pero no contiene preceptos deónticos, preventivos o cautelares que persigan el funcionamiento pacífico de la dinámica de la sociedad a la cual se aplican. El derecho disciplinario, en cambio, sí lo hace.

Dentro del contexto de esa diferencia, la tesis de la Corte es que el derecho disciplinario pretende garantizar "*la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo*"[177]; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliese los principios de "*igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*" a que hace referencia la norma constitucional.

Así las cosas, dado que el principal derrotero que guía la aplicación de las normas disciplinarias es el normal y correcto funcionamiento de la gestión pública, en nada resulta incompatible con dicha finalidad - por el contrario, la secunda y favorece- que el Estado imponga a sus servidores un deber general de cuidado, diligencia y corrección en el desempeño de sus funciones que, además, pueda ser sancionable por incumplimiento. Visto que los servidores públicos son responsables ante la ley, no sólo por quebrantarla, sino por omisión o extralimitación en ejercicio de las mismas, resulta legítimamente admisible que el Estado, a través del sistema disciplinario, imponga sanciones a aquellos que no cumplen, con el esmero requerido, las obligaciones asignadas por la normatividad.

Sobre este particular es pertinente traer al debate las consideraciones de la Corte en la Sentencia C-427 de 1994, en donde la Corporación sentó los principios sobre los que se estructura el ejercicio de la función pública e hizo referencia a las diferencias de trato que, en materia sancionatoria, deben recibir los servidores públicos cuando su conducta es enjuiciada desde las perspectivas disciplinaria y penal:

> "La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento

[177] Sentencia C-341 de 1996

penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político - institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

"Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.". (Subrayas fuera del original)

Y también se dijo en la Sentencia C-244 de 1996

"…la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.

"La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 200 de 1995, parcialmente acusada, "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa"

Así entonces, si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que - por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia.

La Corte ha reconocido que en derecho sancionatorio de la administración, una de cuyas secciones más relevantes es el derecho disciplinario, la regla general es que los tipos no son autónomos "*sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición*". En la misma sentencia la Corte agregó, citando al tratadista Alejandro Nieto García, que:

> *" 'Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir una reproducción de textos en doble tipografía'.*[178]
>
> "Por lo tanto la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria.[179] Esta forma de definir la tipicidad a través de normas complementarias, es un método legislativo que ha sido denominado el de las normas en blanco. Estas consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras."[180]

La visión que emerge de las consideraciones anteriores es que al elenco de las normas disciplinarias tiene un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse aquél para imponer las sanciones correspondientes. Así, la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado.

Para ahondar en las razones que justifican la metodología de los números abiertos, téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 200, la falta disciplinaria se constituye con el "*incumplimiento de los deberes*" por parte del agente estatal, deberes que, según el artículo 40-2 son "*cumplir con diligencia, eficiencia e*

---

[178] NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. Madrid, 1994. P. 298. Citado por Jaime Ossa Arbeláez en DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Ed. Legis Bogotá 2000

[179] Cf. OSSA ARBELÁEZ, Jaime Derecho Administrativo Sancionador Ed. Legis Bogotá 2000 pág. 273

[180] Sentencia C-404/01

imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación de un servicio esencial o que implique abuso o ejercicio indebido del cargo de función". De lo cual se deduce que lo que genera el reproche de la administración al agente estatal o al particular que ejerce función pública no es propiamente la voluntad de lesionar los intereses protegidos de la función pública sino los comportamientos que impliquen cumplimiento incompleto o defectuoso de los deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan.

Aunque por obvias razones la intención positiva de menoscabar el orden jurídico –el dolo- genera responsabilidad disciplinaria en el agente del Estado, conductas tales como la imprudencia, la impericia o la negligencia, entre otras, fuentes todas de comportamientos culposos, también lo hacen.

Es en estas condiciones que se reconoce que la regla aplicable al derecho sancionatorio de los servidores estatales es la del *numerus apertus*. Ya que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento.

Ahora bien, la posición que en este contexto se expone ha sido acogida por la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura. Para ilustrarlo, valga citar la siguiente providencia, en la que el tribunal abordó el tema a propósito de la acción disciplinaria instaurada contra un juez civil municipal que, infringiendo normas del Decreto 1888 de 1989, reconoció y tuvo por apoderado de la parte demandada a quien no comprobó su condición de abogado dentro del proceso ni presentó personalmente las excepciones previas de su representado.

Habiendo sido alegado por parte del funcionario judicial que el tipo disciplinario que se le adjudicaba no admitía la modalidad culposa, sino apenas, la dolosa, el Consejo Superior de la Judicatura procedió a declarar responsable de la infracción al juez acusado bajo las consideraciones que fueron anteriormente expuestas.

Entre las varias razones que tuvo la Corporación para endilgar la responsabilidad al funcionario denunciado resaltan las siguientes:

"Nada más equivocado que tal forma de pensar. El sistema de faltas disciplinarias no contempla en ninguno de sus artículos que el tipo disciplinario mencionado solo sea susceptible de llevarse a cabo de una manera dolosa, habida cuenta que sin lugar a dudas el Decreto 1888 de 1989 contempla un sistema de incriminación de las modalidades culposas que podremos denominar de "*numerus apertus*" o abiertos, donde es el interprete quien del sentido general de la prohibición concluye qué tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa, en la medida en que estos permitan tal estructura de imputación, al no excluirla por contener elementos especiales que impliquen un conocimiento efectivo de la situación, o una especial tendencia o que sean tipos que sirvan de medio para infringir otra

disposición o buscar fines desconocedores de la orientación de la función pública de administrar justicia, casos en los cuales sólo es posible la admisión de la modalidad dolosa, que es el criterio general de imputación subjetiva."

Así mismo, en otra de sus sentencias y haciendo referencia específica al anterior artículo 39 del Código Penal, que consagraba para dicho régimen el principio del numerus clausus, el Consejo Superior sostuvo:

"Sin embargo, en materia de tipos disciplinarios no opera una norma semejante a la contenida en el artículo 39 del Código Penal, que implica un sistema de *numerus clausus* o cerrados, en materia de tipos penales culposos, pues aquí más bien opera un sistema de *numerus apertus* o abiertos, donde por lo general los tipos disciplinarios son dolosos, admitiéndose la modalidad culposa solo cuando por la estructura y naturaleza de los mismos sean susceptibles de realizarse con culpa o cuando expresamente así se consagre…" (CSJ. Sala Disciplinaria, Sentencia del 16 de diciembre de 1992. Magistrado Ponente, Dr. Edgardo José Maya Villazón)

Como se ha expresado anteriormente, en materia disciplinaria la autoridad puede sancionar a quien incurre en una conducta a título de culpa pero también a título de dolo. Los *numerus apertus* autorizan al funcionario para hacerlo, así no lo señale directamente la norma legal. No obstante, el funcionario está obligado a observar la naturaleza de la conducta reprochable para verificar si el tipo disciplinario (el tipo subjetivo del ilícito) admite la culpa. En otros términos, salvo regulación expresa, es la estructura del tipo disciplinario la que determina si un individuo puede incurrir en la conducta descrita de manera culposa o dolosa. Algunas conductas descritas por la norma legal no admitirían, por su propia estructura, ser cometidas sino dolosamente.

En relación con éste último aspecto, vale la pena citar el siguiente aparte jurisprudencial, por ser éste altamente ilustrativo acerca de cuándo puede deducirse la culpa de una descripción típica disciplinaria que expresamente no la admite:

> "Pues bien, atendiendo el valor que busca ser protegido, puede deducirse sistemáticamente el sentido de las prohibiciones, en la medida en que, los comportamientos o actos que lo vulneran, deben apuntar de una manera especial hacia su verificación.
>
> "Esto es lo que sucede respecto a las faltas consagradas en el artículo 8º del Decreto 1888 de 1989, que protege el valor de la "dignidad de la administración de justicia", donde ontológicamente se requiere, para su vulneración, que el comportamiento se encuentra particularmente dirigido hacia su desconocimiento, pues resulta verdaderamente imposible que se atente contra dicho valor en una forma culposa. En efecto, si se analiza detenidamente los diferentes literales que consagran las faltas contra el mencionado valor, el intérprete podrá apreciar que tales formas de comportamientos resultan incompatibles con los criterios de impericia,

negligencia o imprudencia propios de la modalidad culposa, en la medida que por tales medios sería imposible, por ejemplo, portar o usar sustancias que produzcan drogodependencia (a); ejecutar actos contra la moral o las buenas costumbres (b); injuriar (c); solicitar o fomentar publicidad (d); constituirse en deudor o acreedor (e); solicitar o recibir dádivas (f); incumplir reiteradamente obligaciones (g); intervenir en actividades político - partidistas (h); apropiarse, retener o usar indebidamente bienes (l); o incrementar de manera injustificada el patrimonio (n). Tales comportamientos, como quiera que deben tender o menoscabar la imagen de la administración de justicia, requieren una especial realización de ese objetivo, lo cual solo resulta compatible con el dolo, ya directo o eventual.

"Esa especial tendencia se resalta, cuando se exige expresamente dirigir la conducta de manera específica, tal como sucede con la utilización de palabras como "ejecutar" o "iniciar" (i); "intencionalmente" o "inducir" (j); o expresiones compuestas que denotan finalidad como "Proporcionar datos inexactos que tengan incidencia..." (k).

"La excepción a lo anterior la constituye el tipo disciplinario consagrado en el literal m), donde expresamente se consigna la modalidad culposa de daño o pérdida de bienes o elementos frente a la dolosa del literal j); no obstante, parece explicable que tales faltas no atentan contra la "dignidad de la administración de justicia", sino contra la "eficacia" de la misma, en la medida en que tales cosas sirven al objetivo operacional de la Rama Jurisdiccional.

"Por el contrario, las faltas consagradas en el artículo 9o del Decreto 1888 de 1989 tiene un sentido diferente en cuanto a sus prohibiciones, pues siendo el valor protegido la "eficacia de la administración de justicia", obvio es entender que la misma puede ser vulnerada tanto por comportamientos y actos dolosos como culposos. Esto es, los fines y logros constitucionales y legales de la administración de justicia, pueden verse entorpecidos en su consecución, por conductas dolosas o culposas, éstas originadas en la negligencia, imprudencia e impericia de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional.

"Por lo tanto, las descripciones típicas allí realizadas admiten, en principio y como norma general tanto la modalidad dolosa como la culposa, exceptuándose esta última en determinados casos conforme a la orientación arriba sentada.

"En efecto, solo son realizables dolosamente y conforme a los principios señalados, las siguientes faltas:

a) Por necesitar un conocimiento efectivo de la situación se excluye la modalidad culposa en la omisión de informaciones a la autoridad por hechos que puedan constituir delitos o faltas disciplinarias, habida cuenta que se

requiere que de ellos “haya tenido conocimiento” (l); y en la negativa de ejercicio de sus funciones o labores (t), pues sería imposible pretender que alguien se niegue a realizar algo de lo cual no tiene conocimiento.

a) Por requerir una especial tendencia se excluye la modalidad culposa en los tipos descritos en los literales h), parte del m), s) y w), en la medida en que solo con conocimiento y voluntad se puede discriminar y favorecer con las funciones; el irrespeto solo es susceptible de llevarse a cabo de manera intencional; solo se abandona o se ausenta del empleo a sabiendas y con intención; y se tiene, en la oficina y a su servicio, persona ajena “para” las labores del despacho, esto es, finalísticamente.

a) Son tipos disciplinarios que sirven como medios para lograr fines que puedan constituir otras infracciones disciplinarias o desconocer los principios de autonomía o independencia de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, o de sus auxiliares, y que por tal condición se presentan como incompatibles con la modalidad culposa de imputación subjetiva los referidos a la organización, propicio o participación en huelgas o paros o suspensión y disminución de actividades y ritmo de trabajo, en la medida en que tales actos buscan determinadas finalidades por medio de la presión indebida a través de la negativa a prestar la función oficial (j); el ejercicio de influencia para que se proceda en determinado sentido (k) y el ejercicio de influencia indebida sobre el nominador en materia de nombramientos, elección o remoción de funcionarios o empleados (parte del n).

“Todos los demás tipos disciplinarios, consagrados en el artículo 9o del Decreto 1888 de 1989, admiten la modalidad culposa –obviamente también la dolosa que es el principio general de imputación subjetiva de conductas -, pues por medio de ellos se atenta contra la eficacia de la administración de justicia, al comportarse el funcionario o empleado judicial en forma imprudente, negligente o imperita.

“El principio de culpabilidad señala que, no podrá imputarse conducta alguna, que no sea realizada con dolo o con culpa, modalidades o formas de culpabilidad. Del sentido general de las prohibiciones se destaca, auxiliado de los principios señalados, cuales tipos disciplinarios permiten que su configuración estructural sea susceptible de realizarse por imprudencia, negligencia o impericia, y estas fuentes de la culpa tiene como soporte el deber fundamental consagrado en el literal b) del artículo 55 del Decreto 052 de 1987 que lo señala como propio de los servidores de la Rama Jurisdiccional: “Desempeñar con ... solicitud ... las funciones de su cargo”. Y solicitud significa, según el diccionario de la Real Academia Española: “Diligencia o instancia cuidadosa”, observable, necesariamente, si se quiere lograr la “eficacia de la administración de justicia”.

> "Finalmente, como quiera que el tipo disciplinario consagrado en el artículo 9o bis del decreto 1888 de 1989 no es más que una especialización del contemplado en el literal a) del artículo 9o, pues en aquél de todos modos se incumple con la Constitución o la Ley, puede decirse que admite tanto la modalidad dolosa como la culposa." (Sentencia del CSJ. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. 13 de Octubre de 1994. M.P. Dr. Edgardo José Maya Villazón)

Ahora bien, en la fase siguiente se aplicarán los conceptos analizados para determinar la exequibilidad de las disposiciones acusadas. Ello exige, de un lado, analizar la naturaleza de los delitos de genocidio y desaparición forzada de personas, pues éstas son las faltas descritas en las disposiciones objeto de reproche, para posteriormente decidir si, como lo sostiene el demandante, el legislador desconoció que tales conductas pueden ser cometidas culposamente.

ii) Estudio de las normas acusadas

Por disposición del legislador, dice el demandante, las faltas disciplinarias contenidas en los artículos demandados sólo pueden ser disciplinariamente sancionadas cuando se cometen a título de dolo, no de culpa. Ello, en su opinión, atenta contra los principios constitucionales que consagran la protección de la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia, pues muchos crímenes de esa envergadura han sido cometidos también culposamente, pudiendo quedar impunes.

El artículo 25-5, literal a) consagra como falta disciplinaria, de carácter gravísimo, el genocidio[181]. El literal b) del mismo artículo, considera como falta gravísima la desaparición forzada.

Literal a) del artículo 25-5 de la Ley 200 de 1995

Conforme con la tesis que ha sido adoptada en la parte general de este análisis, el cargo del demandante podría desecharse con el argumento que las faltas disciplinarias se sancionan, en la generalidad de los casos, cuando en ellas se incurre a título de culpa. Esta apreciación dejaría sin piso la tacha de inconstitucionalidad propuesta por el actor porque admitiría que, de entrada, la culpa también puede atribuirse a la conducta encaminada a "*destruir total o parcialmente a un grupo étnico, social o religioso,",* mediante *"matanza o lesión grave a la integridad física de los miembros del grupo, ejecutado en asalto o sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial".*

No obstante, tal razonamiento se queda corto en el análisis del dispositivo mencionado porque ignora que fue el propio legislador el que restringió la punición del ilícito

---

[181] En cuanto al tratamiento que el delito de Genocidio ha recibido por parte de la Corte Constitucional, véase particularmente la Sentencia C-177 de 2001

mediante la inclusión en el tipo disciplinario de un ingrediente subjetivo que impide la comisión culposa del mismo.

Así entendido, el problema se traslada a otro aspecto del debate y es el que tiene que ver con la facultad que ostenta el legislador para regular la forma y estructura de las conductas ilícitas.

En principio, la regla es que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de definir las conductas penalmente reprochables, lo cual, extendido por naturaleza al ámbito disciplinario, implica que la ley es autónoma en la regulación de las conductas disciplinariamente sancionables. No obstante, la supremacía del orden constitucional también exige que la definición de las conductas y la imposición de las sanciones correspondientes respeten los parámetros de proporcionalidad que impone el régimen superior, de suerte que aquella libertad configurativa no desborde ni en discriminación de los asociados ni en desconocimiento de los principios que ilustran el régimen punitivo del Estado.

La Corte sostuvo en una de sus sentencias que:

> "La relatividad de las opiniones sobre el punto y la necesidad de rodear de garantías a la persona - lo que reviste enorme trascendencia dado que la aplicación de penas traduce la manifestación más intensa del poder estatal frente al individuo y a su libertad - ha llevado a **reservar** únicamente al Legislador la determinación de los comportamientos que ameritan sanción y el establecimiento de su naturaleza, alcance y de la respectiva dosimetría punitiva (CP arts. 150-2 y 29). A través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, la sociedad tipifica las conductas reprochables y fija las condignas sanciones y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas. Sobra señalar que las sanciones disciplinarias como expresión del poder punitivo del estado y por su íntima conexión con el ejercicio de la función pública en los ámbitos administrativo y judicial (CP arts. 150-23, 256-3, 233), no se sustrae al mencionado principio de legalidad (CP art. 29).
>
> "La Constitución no obstante la amplia atribución que concede al Congreso en lo que concierne a la fijación de las penas y las sanciones, incorpora como norma suya una verdadera interdicción al exceso punitivo. Nadie será sometido - reza el artículo 12 de la CP - a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por su parte, el artículo 34 de la C.P. prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Adicionalmente, el carácter social del estado de derecho, el respeto a la persona humana, a su dignidad y autonomía, principios medulares del ordenamiento constitucional, se sirven mejor con leyes que encarnen una visión no disociada del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad de la pena, de modo que ésta sólo se consagre cuando sea estrictamente necesario." (Sentencia C-591 de 1993. Subrayas fuera del original)

De los apartes citados es posible colegir que aunque el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad al momento de decidir cuáles conductas merecen juicio de reprochabilidad jurídica, dicha autonomía se encuentra restringida por las pautas que imponen la proporcionalidad y la vigencia de los principios de convivencia pacífica y el orden justo. A esto habría que agregar que el legislador está obligado a mantener las garantías mínimas que se ha comprometido proteger en el ámbito internacional en torno a la protección de los derechos de los asociados.

Esta reflexión se vincula íntimamente con el análisis de la norma demandada porque si se acepta que el legislador está obligado a conducirse dentro de los parámetros constitucionales y los que establecen los instrumentos internacionales, no podría aquél, sin quebrantar dichos principios, especialmente los que tienen que ver con la protección de la vida y la dignidad humanas, penalizar el genocidio que se comete dolosamente y dejar por fuera el que se perpetra en calidad de culpa.

En efecto, si lo pretendido por el legislador mediante la punición del genocidio es la protección de la vida y la integridad física de comunidades raciales, étnicas o religiosas[182], iría en contra de dicho objetivo que se sancionara la conducta de quien incurre dolosamente en él, dejando por fuera la punición a quien lo hace de manera culposa.

No obstante, el reconocimiento del carácter doloso del genocidio se deriva del tratamiento que la conducta ha recibido por parte de la legislación internacional, adoptada oportunamente por Colombia.

En primer lugar es necesario precisar que el genocidio ha sido ampliamente analizado por la jurisprudencia constitucional, en particular por las Sentencias C-675 de 1999 y C-177 de 2001. En la última de las providencias, la Corte recordó que el delito de genocidio "*es considerado por la comunidad universal como un delito de Derecho Internacional, contrario al espíritu y a los fines que persigue las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena en su conjunto.*"

> "La palabra "genocidio" que denota el crimen internacional constituido por la conducta atroz de aniquilación sistemática y deliberada de un grupo humano con identidad propia mediante la desaparición de sus miembros, nace como reacción contra los intentos nazis por exterminar a ciertos grupos étnicos y religiosos, como los judíos o los gitanos.
>
> "(...)

[182] La enumeración de las comunidades catalogadas como posibles víctimas de genocidio debe entenderse amplificada a los grupos políticos, por virtud de la Sentencia C-177 de 2001, en donde la Corte admitió que dichos grupos, independientemente de militar dentro o al margen de la ley, también merecen la protección del Estado frente a conductas que puedan ser catalogadas como genocidas.

> "A este respecto debe además mencionarse que este cuerpo normativo, está integrado, por una parte, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual, a su turno, está conformado por el conjunto de normas internacionales de índole convencional cuyo objeto y fin es '*la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes*'[183].
>
> "Es, pues, pertinente recordar que este ordenamiento normativo de protección se halla contenido en los instrumentos internacionales, de ámbito universal o regional, suscritos para otorgar fuerza vinculante indiscutible a los derechos reconocidos y enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como en los preceptos y principios que integran el denominado '*ius cogens'.* (Sentencia C-177 de 2001)

De la estructura general del tipo, que - dicho sea de paso- ha evolucionado con el correr de las regulaciones internacionales, es factible deducir que aquella conducta es predicable a título de dolo. La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y aprobada por Colombia mediante la Ley 28 de 1959 reconoció, como primera medida, que *"en todos los periodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad"* por lo que *"las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar."* (Artículo 1º.)

Seguidamente, el artículo III de la citada Convención estableció:

> *"...*
> *"En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrado* con la intención *de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:*
>
> *"a) Matanza de miembros del grupo;*
> *b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;*
> *c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;*
> *d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;*
> *e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*.
> *..."*

La descripción legal de la falta aporta un elemento connatural a la conducta que, de todos modos, no desvirtúa su naturaleza y, por lo que se ha expuesto, tampoco su

---

183 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva O.C. 2/82 del 24 de diciembre de 1982, Serie A, No. 2, párr. 229.

constitucionalidad. La conducta de genocidio es entonces atribuible a título de dolo, dolo en el cual puede incurrirse por acción o por omisión del sujeto.

Finalmente, es posible admitir que, en casos excepcionalísimos, la comisión del genocidio podría darse a título de imprudencia, pero únicamente en relación con jefes y superiores encargados de proveer seguridad a un determinado grupo social, tal como lo dispone el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.[184]

Por otro lado, el señor Procurador solicita a la Corte declarar inexequibles las expresiones *"grave"* y *"ejecutado en asalto",* contenidas en el numeral 1º del literal a) del numeral 5º del artículo 25, por considerar que dichos elementos del tipo podrían dejar sin protección efectiva a los sujetos amparados por la norma. En efecto, sostiene que la calificación del daño y la condición impuesta al agente del delito para que sólo se entienda por genocidio la conducta cometida en asalto podrían conducir a la impunidad de la falta pues cualquier agresión a la población, ejecutada en cualquier momento, es susceptible de ser sancionada por el Estado.

En relación con el elemento de la gravedad, podría argüirse que su consagración en el tipo disciplinario se ajusta, precisamente, a la calificación de gravísima que tiene la falta. En este sentido, dicho elemento se constituiría en pieza determinante para ubicar la conducta dentro de aquellas que merecen el tipo de sanciones más severas que consagra el régimen.

No obstante, tal como lo sostiene el demandante, la gravedad de la falta comporta un elemento restrictivo de la sanción que hace suponer que su levedad exoneraría de responsabilidad al sujeto activo del genocidio. Pues bien, para la Corte dicha objeción es plenamente válida, sobre todo en tratándose de normas de naturaleza disciplinaria a las cuales, como se dijo, les son aplicables principios relativos al buen funcionamiento de la administración pública.

En efecto, de considerarse que sólo las lesiones graves constituyen falta disciplinaria en el contexto de las conductas constitutivas de genocidio, se estarían desconociendo los principios generales sobre los que se sustenta el régimen disciplinario, los cuales tienden a garantizar que todo funcionario o agente del Estado actúe con diligencia y cuidado en el ejercicio de sus funciones. No puede considerarse en dicho contexto, que

---

184 El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala esta excepción, de aplicación restrictiva, en los siguientes términos: "Art. 28 RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES Y OTROS SUPERIORES. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:
A) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, **hubiere debido saber** que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento."

las faltas leves son permitidas o toleradas por el régimen disciplinario, tal como parece desprenderse de la redacción de la norma. En vista de lo anterior, la expresión "*grave*" deberá ser retirada del ordenamiento, ya que con ella también se vulnera el artículo 12 de la Constitución Política que prohíbe los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Del mismo modo, esta Corte considera que el condicionamiento según el cual, la conducta constitutiva de genocidio sólo es reprochable disciplinariamente cuando se comete en asalto, restringe ilegítimamente los alcances de la disposición al introducir un requisito que, además de ser impreciso, bien puede generar la afectación de los grupos humanos a cuya protección va dirigida la norma.

Esto, por cuanto supeditar el genocidio a aquellas conductas desplegadas en el escenario de un asalto, concepto referido –estima la Corte- a operaciones estratégicas de fuerza, implica el desconocimiento de que por fuera de dichas operaciones también es factible atentar contra la vida o la integridad física de un grupo social, étnico o religioso y, por tanto, en lo que al derecho disciplinario concierne, también es posible atentar contra el correcto funcionamiento de la administración pública. Piénsese en el caso de quien intenta exterminar un grupo humano con características comunes de índole nacional, religioso, étnico o racial, mediante la utilización de mecanismos científicos tendentes a impedir los nacimientos en el seno del grupo al que va dirigida la acción.

Lo anterior –además- sin contar con el hecho de que la regulación internacional no establece un condicionamiento similar en su normatividad, con lo cual, por virtud de la norma, se estarían disminuyendo las garantías mínimas de protección instauradas por aquella.

Respecto a este último punto, la Corte Constitucional aseguró que la legislación internacional establece los parámetros mínimos de protección que deben implementar los Estados en su legislación interna, por lo que no es posible que por virtud de esta se consagren limitaciones ni restricciones a dichos mínimos. Con ocasión del estudio del delito de Genocidio, consagrado en el artículo 322 A de la Ley 589 de 2000, la Corte sostuvo:

> "Ahora bien a los efectos de este fallo, importa precisar, por una parte, que a diferencia de la regulación internacional sobre genocidio, el artículo 322A de la Ley 589 del 2000 que tipificó esta conducta en la legislación penal colombiana, extendió el ámbito del tipo penal al genocidio de los grupos políticos
>
> "Esta Corte encuentra que ningún reparo puede formularse a la ampliación que de la protección del genocidio a los grupos políticos, hace la norma cuestionada, pues es sabido que la regulación contenida en los Tratados y Pactos Internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de

modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas consagren un mayor ámbito de protección

"Así, pues, no hay óbice para que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio de genocidio, siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida. Y es indudable que un grupo político la tiene." (Sentencia C-177 de 2001)

Con la consagración de la falta disciplinaria de desaparición forzada, condicionada a la ejecución en asalto como factor de punibilidad, la legislación interna introduce un elemento que restringe la protección suministrada por los instrumentos internacionales y, por tanto, contradice lo sostenido por la jurisprudencia constitucional en la materia. En vista de esta circunstancia, dicha expresión deberá ser retirada del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo analizado, esta Corporación declarará exequible la expresión demandada del literal a) del artículo 25-5 de la Ley 200 de 1995, pero exclusivamente en relación con los cargos analizados en esta providencia; se exceptúan las expresiones *"grave"* y *"ejecutado en asalto"* que serán retiradas del ordenamiento jurídico por lo dicho últimamente.

a) Lesión ~~grave~~ a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

Jurisprudencia: El texto tachado, que en similar sentido corresponde al texto del artículo 25, numeral 5°, literal a), numeral 1) de la Ley 200 de 1995, fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en la providencia **C-181/02**. Mediante sentencia **C-1076/02** la Corte Constitucional ordenó estarse a lo resuelto en la **C-181/02** cuyos apartes sustanciales se encuentran transcritos en seguida del numeral 5° de este mismo artículo.

b) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

d) Traslado por la fuerza de miembros del grupo a otro.

6. Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad

propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE - por los cargos analizados - en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

FALTA DISCIPLINARIA GRAVÍSIMA - Libertad de configuración normativa

FALTA GRAVÍSIMA - Homicidios perpetrados contra miembros de organizaciones políticas y sociales

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO - Relación del derecho interno con el internacional

2.3. Examen de constitucionalidad de la expresión *fundada en motivos políticos*, que figura en el numeral 6 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Alega el demandante que extender la protección disciplinaria, en su máxima expresión, sólo cuando la colectividad se ha fundado en motivos políticos, conlleva un elemento de diferenciación irrazonable y desproporcionado entre los servidores públicos procesados. La Vista Fiscal, por su parte, no se pronunció sobre la constitucionalidad de la disposición demandada. Pasa la Corte a realizar su correspondiente juicio al respecto.

2.3.1. Los antecedentes de la disposición legal *sub examine.*

De la lectura de los antecedentes legislativos del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, aparece claro que fue la voluntad del legislador ir más allá de lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en concreto, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948:

> "Se agregaron los grupos políticos y los sociales, que no forman parte del texto de los instrumentos internacionales citados. Se consideró necesario incluir estas dos categorías, teniendo en cuenta, en primer lugar, que el derecho internacional de los derechos humanos es un sistema normativo que brinda una protección mínima que puede ser ampliada por los Estados. Es decir, no hay ningún obstáculo jurídico para proteger otros grupos con la consagración del genocidio, como falta disciplinaria gravísima. Además, en nuestro país, los grupos políticos y los sociales, más que las otras categorías protegidas (raciales, étnicos, religiosos), han sido objeto de ataques continuados que tienden a su destrucción, como el caso de la Unión Patriótica, los ataques contra defensores de derechos humanos o las mal llamadas brigadas de limpieza social; al punto que se podría afirmar que, dadas las características de la situación colombiana,

> la consagración del genocidio como falta disciplinaria o como delito, se justifica en la medida en que los grupos sociales y políticos sean incluidos"[185].

Adicionalmente, un análisis del cuerpo del artículo propuesto, indica que el legislador quiso separar los casos de genocidio, tal y como los regula el derecho internacional de los derechos humanos, en concreto la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de aquellos homicidios perpetrados contra miembros de organizaciones políticas y sociales, en los siguientes términos:

> "Artículo 47. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> "7. Ocasionar la muerte en forma deliberada, y dentro de un mismo contexto de hechos, a varias personas que se encuentren en situación de indefensión, por causa de sus opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma".

La disposición anteriormente trascrita llegaría a ser el actual numeral 6 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en tanto que la proscripción del genocidio, propiamente dicho, se convertiría en el numeral 5 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Coexisten por tanto dos normas disciplinarias que aunque, coinciden en buena parte de sus elementos configuradores (ambas aluden a grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos y políticos) son distintas en cuanto a que la segunda incluye a los grupos sociales y la primera hace referencia a *una colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos*. Se distinguen además, en que mientras que el numeral 5 abarca un conjunto de comportamientos que figuran en la Convención contra el Genocidio de 1948; el numeral 6 se refiere únicamente a la muerte de uno o varios de los miembros del grupo, por razón de su pertenencia al mismo, vale decir, carece de un *dolus specialis* que es propio del genocida, tal y como lo entendió la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el asunto *Akayesu*, cuando sostuvo lo siguiente:

> "El dolo especial es un concepto de derecho criminal bien conocido en los países de tradición romano-continental. Se requiere como elemento constitutivo de ciertas infracciones y exige que el autor de éstas tenga la intención de provocar el resultado incriminado. En otras palabras, el dolo especial es constitutivo de una infracción intencional, caracterizada por una relación psicológica entre el resultado material y la inteligencia del autor"[186]

2.3.2. El margen de configuración normativa del legislador.

---

[185] Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.

[186] Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia, sentencia del 2 de septiembre de 1998, *ob.cit.* p. 200.

Aunque los antecedentes legislativos no son muy elocuentes en la materia, parecería que la redacción del numeral 6 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 se inspiró en algunos de los elementos del crimen de *lesa humanidad* de persecución, que aparece recogido en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a cuyo tenor:

> "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
>
> h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
>
> 2. A los efectos del párrafo 1:
>
> a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer es ataque o para promover esa política;
>
> g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

En nada contraría la Constitución que el legislador haya decidido configurar una falta disciplinaria gravísima que no responde exactamente, a cada uno de los elementos configuradores de un crimen de *lesa humanidad* que aparece recogido en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Por tales razones ha de examinar la Corte, en el caso concreto el legislador desbordó su margen de discrecionalidad, tal y como lo ha entendido esta Corporación, en los siguientes términos:

> *"En principio, la regla es que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de definir las conductas penalmente reprochables, lo cual, extendido por naturaleza al ámbito disciplinario, implica que la ley es autónoma en la regulación de las conductas disciplinariamente sancionables. No obstante, la supremacía del orden constitucional también exige que la definición de las conductas y la imposición de las sanciones correspondientes respeten los parámetros de proporcionalidad que impone el régimen superior, de suerte que aquella libertad configurativa no desborde ni en discriminación de los asociados*

ni en desconocimiento de los principios que ilustran el régimen punitivo del Estado.

"... aunque el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad al momento de decidir cuáles conductas merecen juicio de reprochabilidad jurídica, dicha autonomía se encuentra restringida por las pautas que imponen la proporcionalidad y la vigencia de los principios de convivencia pacífica y el orden justo. A esto habría que agregar que el legislador está obligado a mantener las garantías mínimas que se ha comprometido proteger en el ámbito internacional en torno a la protección de los derechos de los asociados."[187]

Con base en los anteriores, la Corte considera que referirse a una *colectividad propia fundada en motivos políticos*, alude a una noción que se ajusta a los principios y valores democráticos y pluralistas que inspiran a la Constitución, no es discriminatorio ni contrario a la dignidad humana y además no vulnera, en absoluto, los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano en materia de derechos humanos.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *fundada en motivos políticos*, que aparece recogida en el numeral 6 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en esta sentencia.

7. Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE - por los cargos analizados - en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO - Relación del derecho interno con el internacional

FALTA DISCIPLINARIA - Violación grave del derecho internacional humanitario

CRIMEN DE LESA HUMANIDAD - Elementos

CRIMEN DE LESA HUMANIDAD - Ámbito de aplicación

187 Corte Constitucional, sentencia del 12 de marzo de 2002, C-181/02, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9° (total), 20, 25, 27, 29, 30, 44 (parciales), 65 (total), 116, 131, 146, 151 y 157 (parciales) de la Ley 200 de 1995. Actor: Carlos Mario Isaza Serrano. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO - Aplicación del bloque de constitucionalidad

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO - Violación grave

2. Examen de constitucionalidad de determinadas expresiones que figuran en los numerales 5, 6, 7, 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Antes de pasar a examinar la constitucionalidad de cada una de las expresiones demandadas, estima la Corte necesario referirse previamente al tema de las relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la ley disciplinaria colombiana.

2. 1. Relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la ley disciplinaria colombiana.

Las normas que integran el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se estructuran, a la vez, como un conjunto de disposiciones mediante las cuales se le reconocen a la persona unos derechos inherentes a su dignidad humana; y asimismo, como un elenco de prohibiciones cuyo desconocimiento puede llegar incluso a comprometer la responsabilidad penal internacional del individuo infractor. Pues bien, el disfrute pleno de estos derechos y la eficacia del catálogo de prohibiciones, pasa, necesariamente, porque los Estados ejecuten legislativamente en sus correspondientes ordenamientos internos los tratados internacionales en la materia[188]. En efecto, de nada sirve que los instrumentos internacionales consagren un elenco de derechos humanos y estipulen un conjunto de interdicciones, si en los órdenes nacionales no se adoptan medidas sancionatorias, bien sean penales o disciplinarias, encaminadas a reprimir las violaciones graves a las normas internacionales. Precisamente en esta dirección se incardina la Ley 734 de 2002, normatividad que reguló de manera mucho más sistemática, completa y armónica el tema de las violaciones graves a los derechos humanos y al DIH, en tanto que faltas disciplinarias.

En efecto, muchas de las disposiciones que integran DIH y de DIDH tienen el carácter, en términos de la doctrina americana y recogida por la europea, de normas *non-self-executing*[189], esto es, que para poder desplegar todos sus efectos en el ordenamiento

---

188 Ver al respecto, Alain Pellet y Patrick Daillier, *Droit Internacional Public*, París, Edit. L.G.D.J., sexta edición, 1999, p. 241.

189 Para los Profesores Stefan A. Riesenfeld y Frederick Abbot, en su artículo The scope of U.S. control over the conclusion and operation of treaties", *Parliamentary participation in the making and operation of treaties: a comparative study*, Netherlands, Ed. Nijhoff, 1994, una disposición de un tratado internacional es calificada como *self-executing*, cuando no requiere de una legislación interna para ser aplicada, y puede crear directamente derechos

interno de un Estado requieren de desarrollo legislativo previo. Este es, precisamente, el caso de un importante número de prohibiciones que aparecen consignadas en diversos instrumentos internacionales (v.gr. Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949), las cuales requieren de una disposición legal que las desarrolle, sea para efectos de tipificar un determinado comportamiento como delito o sanción disciplinaria, o, llegado el caso, ambos.

Al respecto, una interpretación histórica de las normas que integran el artículo 48 del nuevo Código Disciplinario Único pone de presente que fue la voluntad del legislador armonizar el derecho interno con el internacional, asegurar el cumplimiento de la obligaciones asumidas por el Estado con la Comunidad Internacional en materia de derechos humanos y DIH, e igualmente, atender las recomendaciones que, de tiempo atrás, los organismos internacionales de protección de los mismos han formulado al Estado colombiano[190].

De tal suerte que el legislador no hizo nada distinto que buscar darle efectividad a los compromisos internacionales asumidos, de tiempo atrás, por el Estado colombiano y unas normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad

(…)

2.4. De las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Según el demandante, es contrario a la Constitución sancionar como falta gravísima únicamente las graves violaciones al DIH y no cualquier infracción a esta normatividad internacional, ya que, a su juicio, se está estableciendo una diferenciación irrazonable y desproporcionada. No comparte la Corte estas afirmaciones por las razones que pasa a exponer.

2.4.1. La voluntad del legislador.

Una revisión de los antecedentes legislativos de la norma *sub examine* muestra que fue la voluntad del legislador sancionar con destitución no cualquier desconocimiento de las normas que integran el DIH sino aquellas infracciones verdaderamente graves a las

---

y obligaciones en cabeza de los particulares, invocables ante los tribunales nacionales. Por el contrario, algunas normas internacionales, incorporadas a los ordenamientos internos, precisan de la intermediación de una ley o de un decreto para poder ser invocadas ante los tribunales o administraciones estatales. En este último caso, nos encontraremos ante una norma convencional *not-self-executing*. Sobre el contenido y alcance de la noción de *self-executing*, ver además, T. Buergenthal, "Self-executing and not-self-executing treaties in national and international law", *R.C.A.D.I.,* Tome 235, 1992, pp. 235 y ss.

190 Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.

mismas. Sobre el particular, conviene traer a colación los siguientes apartes de la exposición de motivos del proyecto de reforma al régimen disciplinario:

> "Con relación a las conductas que vulneran los derechos humanos se decidió que sólo las más graves, es decir, aquellas que el derecho internacional considera crímenes de lesa humanidad, deben sancionarse con destitución. En este sentido, el proyecto mantiene como faltas gravísimas el genocidio y la desaparición forzada e incluye otras prácticas consideradas como crímenes internacionales, como la tortura, las ejecuciones arbitrarias, los desplazamientos forzados y las privaciones ilegales de la libertad, que no habían sido incorporadas a la ley vigente a pesar de que los instrumentos internacionales que consagran su proscripción han sido todos ratificados por Colombia, y de que la prohibición de dichos comportamientos forma parte del ius cogens internacional"[191].

Y más adelante se señaló lo siguiente:

> "Se tuvo en cuenta el texto de los instrumentos internacionales correspondientes, para que la consagración de este grupo de conductas como falta disciplinaria respetara los elementos que según el derecho internacional son esenciales y característicos de cada uno de los comportamientos mencionados"[192].

En suma, el legislador jamás tuvo en mente sancionar como falta gravísima cualquier infracción al DIH, sino tan sólo aquellas que, por las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que son cometidas, son calificadas como graves.

2.4.2. La noción de crimen de guerra.

El numeral 7 del artículo 48 de la Ley 374 de 2002, es una norma disciplinaria de contenido abierto, en la medida en que opera un reenvío al derecho internacional para efectos de precisar su contenido y alcance. De allí que sea necesario dilucidar, a la luz de la legalidad internacional, qué se entiende por violación grave al DIH.

Del examen de la evolución normativa y jurisprudencial que ha conocido la represión penal internacional de las violaciones a las normas humanitarias, la Corte encuentra que el concepto de violación al DIH va de la mano de aquel de crimen de guerra y no de crimen *de lesa humanidad*, como incorrectamente se sostuvo en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002.

---

191 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia, sentencia del 2 de septiembre de 1998, *ob.cit.* p. 202.

192 *Ibídem.*

En efecto, los crímenes de guerra, en palabras de Eric David, son "ciertas violaciones graves del derecho de los conflictos armados que los Estados decidieron sancionar en el ámbito internacional"[193]. La dificultad para precisar cuáles son realmente los ilícitos que conforman la señalada categoría estriba, como lo señala el mismo autor, en que éstos coinciden, en ocasiones, con otras infracciones internacionales como lo son los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad, los actos de terrorismo etcétera.

Intentando entonces precisar cuáles son los elementos característicos de un "crimen de guerra" se tiene que se trataba de determinados comportamientos verdaderamente reprochables de los combatientes, cometidos en desarrollo de un conflicto armado internacional. No obstante, hoy por hoy, la noción abarca también ciertos actos bélicos perpetrados durante un conflicto armado interno. En tal sentido, el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional bajo rúbrica "Crímenes de guerra" abarca las dos variedades conocidas de conflicto armado, remitiendo, en ambos casos, a las "leyes y usos de la guerra", en clara referencia a los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, a los Convenios de Ginebra de 1949, a sus Protocolos Adicionales de 1977, a otros tratados internacionales que prohíben el empleo de determinado armamento (v.gr., minas antipersonales), así como a las normas consuetudinarias del DIH.

A decir verdad, de una revisión del catálogo de crímenes de guerra que trae el Estatuto de Roma la Corte encuentra grandes semejanzas entre aquellos que pueden ser cometidos en el marco de un conflicto armado interno o internacional. En esencia, se trata de actos de los combatientes encaminados a destruir intencionalmente bienes civiles, el empleo de medios y métodos de combate ilícitos, a violaciones al principio de proporcionalidad que orienta la relación entre ventaja militar y consideraciones de humanidad, así como a ultrajes flagrantes a la dignidad humana de los miembros de la población civil y de los combatientes que se encuentran *hors de combat.* Cabe sin embargo precisar que el Estatuto de Roma, en el caso de conflictos armados internacionales, pone el acento en que los crímenes de guerra deben ser comportamientos cometidos a gran escala, masivamente, o bien "como parte de un plan o política". Además los conceptos de *gravedad* e *intencionalidad* deben hallarse presentes en la comisión del ilícito. En contrapartida, en los conflictos armados internos, el instrumento internacional pone de relieve a las víctimas, al señalar que se trata de actos "cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o cualquier otra causa", encontrándose asimismo presente la intencionalidad y, en algunos casos, la ausencia de responsabilidad debido a la presencia de "necesidades militares imperativas".

[193] David, Eric, *ob. cit.*, 578.

Así las cosas, la noción de crimen de guerra guarda una estrecha relación con los medios y métodos de combate, vale decir, con las armas elegidas por los combatientes, la manera como éstas se emplean y contra quiénes se hace, las tácticas y estrategias seleccionadas para atacar al enemigo o a quienes se consideran sus partidarios. De allí que los autores de estas atrocidades sean los combatientes. Las víctimas, en la mayoría de los casos, serán entonces los miembros de la población civil, aunque, se insiste, la noción de crimen de guerra abarca a los combatientes como sujetos pasivos, en determinadas y precisas circunstancias. Conviene de igual manera señalar que el concepto de autor de un crimen de guerra comprende asimismo a los superiores jerárquicos, bien sea porque directamente ordenaron la comisión del acto o debido a que gracias a su omisión de control y vigilancia, sus subalternos pudieron perpetrar el delito.

Los crímenes de guerra son entonces violaciones a las normas sobre conducción de las hostilidades, a las leyes y costumbres de la guerra, inspiradas, en palabras de Mangas Martín, "en los principios jurídico-humanitarios como el principio de humanidad o de respeto a la persona humana y su conservación, el principio de proporcionalidad, el principio de prohibición de males superfluos o el principio de limitación de los medios para herir al enemigo.[194]

Aunado a lo anterior, recuérdese que el literal c) del artículo 8 del Estatuto de Roma, al momento de referirse a los crímenes de guerra, los califica en términos de *violaciones graves* del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Así mismo, el artículo 85 del Protocolo I de Ginebra de 1977 califica de graves algunas violaciones a sus disposiciones:

> "Represión de las infracciones del presente Protocolo. Las disposiciones de los Convenios relativas a la represión de las infracciones y de las infracciones graves, completadas por la presente Sección, son aplicables a la represión de las infracciones y de las infracciones graves del presente Protocolo". (Subrayado fuera de texto).

Por el contrario, el contenido y alcance de la noción de crimen de *lesa humanidad* son distintos.

En efecto, para Bassiouni bajo la denominación "crimen de *lesa humanidad',* se suelen designar determinados actos graves de violencia cometidos a gran escala por individuos, sean o no agentes estatales, contra otras personas con un propósito esencialmente político, ideológico, racial, nacional, étnico o religioso"[195]. Al igual que sucede con la noción de crimen de guerra, aquella de crimen de *lesa humanidad* hizo

---

[194] Cfr. Mangas Martín, Araceli, *ob.cit.*, p. 95.

[195] Bassiouni, Charles, *Crimes against Humanity in Internationanl Criminal Law,* Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 288.

su aparición después de la II Guerra Mundial en el texto del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, más exactamente, en su artículo 6, el cual enumeraba como tales, *inter alia,* el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación, "todo acto inhumano cometido contra la población civil, así como las persecuciones por motivos políticos o religiosos[196]. Nótese que no estamos en presencia de violaciones a las leyes y costumbres de la guerra (crímenes de guerra), sino ante actos cometidos de manera sistemática, masiva, a gran escala, contra integrantes de la población civil por motivos de diversa naturaleza (políticos, raciales, religiosos, etcétera.).

Con el paso del tiempo el catálogo de los crímenes de *lesa humanidad* se ha enriquecido abarcando, por ejemplo, el *apartheid,* la desaparición forzada de personas, la violación y la prostitución forzada. De igual manera, los elementos esenciales de la noción de "crimen de lesa humanidad han venido siendo precisados por medio de algunos fallos emanados de jueces penales internos (v.gr. *asuntos Eichmann, Barbie, Touvier y Papon*), ciertos tratados internacionales, resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU y sentencias proferidas por los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para Ruanda y la Antigua Yugoslavia.

Para estos jueces internacionales la categoría de crimen *de lesa humanidad* presupone que un determinado acto: 1) cause sufrimientos graves a la víctima o atente contra su salud mental o física; 2) se inscriba en el marco de un ataque generalizado y sistemático; 3) esté dirigido contra miembros de la población civil y 4) sea cometido por uno o varios motivos discriminatorios especialmente por razones de orden nacional, político, étnico, racial o religioso.

En este orden de ideas, el concepto de "crimen de *lesa humanidad*" reviste importantes elementos cuantitativos y cualitativos, que permiten distinguirlo de otras categorías de delitos. En efecto, no se debe tratar de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que esté dirigido contra una multitud de personas, y sistemático, lo que significa que el delito se inscriba en un plan cuidadosamente orquestado, que ponga en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado[197]. Además, el ataque debe ser dirigido *exclusivamente* contra la población civil, lo cual permite diferenciarlo de los crímenes de guerra, que abarcan, como hemos visto, a los combatientes. Se precisa, por último, que el acto tenga un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.

---

196 Daillier, Patrick y Pellet, *Alain, Droit International Public,* París, Librerie Générale de Droit et Jurisprudence, sexta edición, 1999, p. 580.

197 *Ibídem*.

Ahora bien, un aspecto que ha sido objeto de polémica es el referente al ámbito de aplicación *ratione contextus* del crimen de *lesa humanidad*, vale decir, si presupone o no la existencia de un conflicto armado sea interno o internacional.

Al respecto, comenta Eric David[198] que en el *asunto Eichmann,* el Tribunal de Jerusalén, estimó que la noción de crimen *de lesa humanidad* no se aplicaba únicamente para tiempos de guerra. Posteriormente, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el *asunto Tadic,* declaró que "La ausencia de un vínculo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional es hoy una regla establecida por el derecho internacional consuetudinario"[199]. Por su parte, el Estatuto de Roma omite también hacer referencia alguna a la existencia o no de un conflicto armado, sea interno o internacional, lo que sí insiste es que debe tratarse de un acto generalizado y sistemático contra la población civil, de "conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos", y además, "con conocimiento de dicho ataque", lo que introduce a la intencionalidad como un elemento definitorio del crimen *de lesa humanidad.*

Al respecto, esta Corte, en sentencia C-578, mediante la cual se examinó la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su correspondiente ley aprobatoria consideró lo siguiente:

> *"En el Estatuto de Roma optó por desvincularlos de la existencia de un conflicto armado. Respecto de estas conductas existe consenso sobre su carácter de normas de ius cogens". [200]*

Otro aspecto que se presta para discusión[201] es si la noción de crimen *de lesa humanidad* abarca o no la destrucción de bienes esenciales para la población civil. La respuesta es negativa por cuanto ninguna de las normas que se refieren a esta variedad de hechos punibles menciona los ataques a los bienes civiles y porque además es un problema más propio del DIH, y en concreto, se relaciona con el tema de la conducción de las hostilidades.

---

198 Cf. Eric David, ob. cit., p. 644.

199 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, sentencia del 2 de octubre de 1995, asunto Tadíc, «Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction (the prosecutor v. Dusko Tadic a/k/l «Dule »), case num. lT-94-l-AR72 », International Legal Materials, 1996, pp. 35-76.

200 Corte Constitucional, sentencia del 30 de Julio de 2002, C-578 de 2002, Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)". M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

201 Cfr. Eric David, *ob.cit.*, p. 646.

En este orden de ideas, que en tanto que el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 remite al concepto de crimen de guerra, otras disposiciones que figuran en el mismo artículo se refieren, en los términos del artículo 7 del Estatuto de Roma, a crímenes *de lesa humanidad*: tortura, desaparición forzada de personas y desplazamiento forzoso.

No cabe duda entonces que el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 alude a numerosos ilícitos que se inscriben perfectamente en la noción de crimen de guerra, como son, entre otros, los siguientes: el homicidio en persona protegida, el acceso carnal violento en persona protegida, la toma de rehenes, la perfidia, los actos de barbarie, el despojo en el campo de batalla, los actos de terrorismo, la destrucción y apropiación de bienes protegidos, la utilización de medios y métodos ilícitos de combate, el reclutamiento ilícito, etcétera. En tal sentido, el legislador interno, lejos de violar la normatividad internacional, se ajustó perfectamente a la misma.

En suma, los tratados internacionales que recogen el derecho internacional humanitario hacen referencia a algunas infracciones al mismo, que son calificadas en términos de graves debido a las especiales condiciones en las que son cometidas, y en tal sentido, el legislador interno se limitó a tomar en consideración tal categorización para efectos de calificar como gravísimas aquellas faltas disciplinarias que revistiesen ese mismo carácter.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *graves* que se encuentra en el literal 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en esta sentencia.

8. Someter a una o varias personas a privación de la libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley.

Jurisprudencia: El texto de este numeral, que en similar sentido corresponde al artículo 25, numeral 5°, literal b. de la Ley 200 de 1995, fue declarado EXEQUIBLE - por los cargos analizados - en sentencia **C-181/02** de la Corte Constitucional.

DESAPARICIÓN FORZADA - Consagración en legislación nacional e internacional

FALTA DISCIPLINARIA POR DESAPARICIÓN FORZADA - Carácter complejo

FALTA DISCIPLINARIA POR DESAPARICIÓN FORZADA - Modalidad dolosa

Literal b) del artículo 25-5 de la Ley 200 de 1995

Similares consideraciones a las hechas en relación con el genocidio caben para la falta disciplinaria contenida en el literal b) del numeral 5 del artículo 25, denominada desaparición forzada.

Esta conducta, reconocida por la comunidad internacional como crimen de lesa humanidad, ha sido normativizada por la legislación nacional y por varios instrumentos internacionales, a saber.

En primer lugar, el artículo 165 del Código Penal establece que incurre en desaparición forzada *"[e]l particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley";* advirtiendo además que *"[a]la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior".*

La misma disposición se encuentra recogida en la Ley 589 de 2000, "*Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones*", y reproduce, fundamentalmente, la fórmula del tipo penal consignada en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[202] y el texto de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/162 de 1989 sobre Desaparición Forzada de Personas.

Ahora bien, de acuerdo con la descripción normativa proveída por el CDU, la desaparición forzada constituye una falta compleja que involucra la realización de una serie sucesiva de actos: la violación al derecho a la libertad de la víctima, la expedición o ejecución de órdenes ilegítimas, la violación de las garantías procesales del retenido y, finalmente (si el delito se agota), la violación del derecho a la integridad personal de la víctima.

Tal como se aplica en relación con el genocidio, la comisión de esta falta disciplinaria, que constituye conducta penalmente reprochable, sólo admite la modalidad dolosa

[202] El Artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas prescribe: "Artículo II. Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes."

dentro del tipo subjetivo. Obviamente con la salvedad que introdujo el Estatuto de Roma, a la cual se hizo referencia. Ello, porque la sucesión delictiva que la identifica, implica el conocimiento cierto y voluntario de quien ejecuta la conducta, elementos incompatibles con la conducta culposa.

De lo anterior se deduce que no sean de recibo las pretensiones de la demanda y que la norma, en relación con los cargos analizados, deba declararse exequible. El pronunciamiento cobija a toda la norma, no solamente a las expresiones acusadas, porque desde el punto de vista de los argumentos expuestos por la Corte, el cargo se predica de todo el precepto.

9. Infligir a una persona dolores o sufrimientos ~~graves~~ físicos o psíquicos con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación.

Jurisprudencia: El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-1076/02**.

CRIMEN DE TORTURA - Definición vincula al legislador

2.5. Examen de constitucionalidad de la expresión *graves* que figura en numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Alega el demandante que la expresión graves que aparece recogida numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, es contraria a la Constitución ya que cualquier dolor o sufrimiento que se le infrinja a una persona con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto cometido por ella debe ser considerado como una falta gravísima.

Por su parte, la agente del Ministerio Público sostiene que la disposición demandada es exequible por cuanto se ajusta lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Para la Corte la expresión *graves* que figura en numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 viola la Constitución por varias razones como pasa a explicarse.

Del análisis de los antecedentes legislativos de la Ley 734 de 2002 se desprende que fue la voluntad del legislador configurar como sanción disciplinaria el crimen

internacional de tortura, en los términos que lo recoge la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura:

> "En la descripción de la tortura se acogió el texto de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar esta conducta, que es el instrumento más reciente sobre esta materia y el que la trata de manera más avanzada, le resta importancia a la gravedad del sufrimiento o a la ausencia del mismo, para acentuar el reproche en la anulación de la personalidad o en la disminución de la capacidad física o mental, con el fin de obtener información o confesión o para intimidar o castigar a la persona".[203]

Aunado a lo anterior, si bien es cierto que el Estado colombiano es parte en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 70 de 1986, también lo es que existe un tratado internacional posterior, del orden regional, que igualmente fue adoptado por nuestro país y que fue recepcionado en el orden jurídico interno mediante la Ley 409 de 1997. Ambos instrumentos internacionales, es cierto, contienen una definición del crimen internacional de tortura distinta, por lo cual, recurriendo a la más autorizada doctrina *iusinternacionalista*[204], la Corte ha de concluir que la norma internacional posterior prima sobre la anterior, amén de que esta última resulta ser mucho más garantista que la anterior.

En este orden de ideas, cabe señalar que cuando la Corte realizó el control de constitucionalidad previo de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, consideró que se trata de un instrumento internacional que se encaminaba a proteger un derecho humano intangible, como lo es la integridad física, y que por ende se enmarcaba en lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, en los siguientes términos:

> *"De otra parte, es procedente destacar, que la adopción por parte del Constituyente del modelo propio del Estado social de derecho, que se funda en el respeto a la dignidad humana, la solidaridad de las personas que lo integran y en la supremacía del interés general, implica que uno de los fines esenciales del Estado sea el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, objetivo cuya realización se fortalece a través de la celebración de tratados y convenios internacionales, cuyo fin sea el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, aún en estados de excepción, cuya trascendencia e importancia reconoció expresamente en el*

---

[203] Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.

[204] Ver al respecto, entre otros muchos autores, los siguientes: Alain Pellet y Patrick Daillier, *Droit International Public*, París, Edit. LGDJ, 1999, p. 176 y Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Edit, Tecnos, 1999, p. 300.

artículo 93 de la C.P., que consagra la prevalencia de sus contenidos en el orden interno, una vez sean ratificados por el Congreso."[205]

Así las cosas, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura es un instrumento internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, y por ende, la definición que recoge del crimen de tortura vincula al legislador.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión *graves* que figura en el numeral 9 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

10. Ocasionar, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia.

11. Ocasionar la muerte en forma deliberada, ~~y dentro de un mismo contexto de hechos, a varias personas que se encuentren en situación de indefensión~~, por causa de sus opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma.

Jurisprudencia: El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-125/03** cuyos apartes sustanciales pertinentes se transcriben a continuación.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Juicio de idoneidad del tipo penal

LIBERTAD CONFIGURATIVA DEL LEGISLADOR - Debe ajustarse a los valores y principios constitucionales

FALTA GRAVÍSIMA - Homicidio por razones de intolerancia

El problema jurídico que plantea la demanda.

3. Como se dijo en el acápite de Antecedentes, la demandante estima que las expresiones acusadas del numeral 11 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 desconocen la dignidad humana y el orden social justo como valores constitucionales,

---

[205] Corte Constitucional, sentencia del 15 de julio de 1998, C-351/98, Revisión de constitucionalidad de la Ley 409 del 28 de octubre de 1997, "Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura", suscrito en la ciudad de Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985. M.P. Fabio Morón Díaz.

al prescribir que únicamente es falta gravísima el ocasionar la muerte deliberadamente a varias personas que se encuentren en estado de indefensión, cuando ello ocurre "dentro de un mismo contexto de hechos" y si la conducta se lleva a cabo por causa de sus opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma. A su juicio, la sola muerte de una persona aislada causada por tales razones de intolerancia, aun sin mediar la indefensión ni el requisito de que se produzca "dentro de un mismo contexto de hechos", debe considerarse como una falta disciplinaria gravísima, no siendo posible al legislador omitir la respectiva causal.

(…)

Examen de las expresiones acusadas del numeral 11 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

7. Las expresiones acusadas del numeral 11 del artículo 48 mencionan ciertas circunstancias que deben concurrir para que el homicidio deliberado llevado a cabo por causa de las opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma sea considerado como falta disciplinaria gravísima. Dichas circunstancias son las siguientes:

Que la muerte por tales razones se cause no a una sino a varias personas.

Que tales muertes plurales se ocasionen "dentro de un mismo contexto de hechos".

Que las personas a quienes se les causa la muerte "se encuentren en estado de indefensión".

En virtud de los anteriores elementos descriptivos de la conducta que se erige en falta disciplinaria gravísima, la misma no se tipifica si la muerte por razones de intolerancia se causa a una sola persona, si las víctimas no estaban "en estado de indefensión" o si las varias muertes no se producen "dentro de un mismo contexto de hechos".

Lo anterior plantea al intérprete llevar a cabo un examen contextual de la disposición, para determinar si alguna otra norma del Código Disciplinario Único establece que el homicidio causado por razones de intolerancia constituye falta gravísima cuando no median las circunstancias a que se refiere el numeral 11 del artículo 48 de tal estatuto. Al respecto, debe observarse que de conformidad con lo prescrito por el artículo 43 del Nuevo Código Disciplinario Único, las faltas gravísimas son las taxativamente señaladas en el artículo 48 de ese estatuto[206], norma de la cual forma parte el numeral 11 ahora bajo examen. Esta clase de faltas originan destitución e inhabilidad general,

[206] Conforme al artículo 43 del Nuevo Código Disciplinario las faltas gravísimas son las taxativamente señaladas en él. En efecto, el tenor literal de esta disposición es el siguiente: *"Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código."*

cuando son dolosas o realizadas con culpa gravísima (Ley 734 de 2002, artículo 44).[207]

Dentro del catálogo de faltas gravísimas que son señaladas taxativamente por el artículo 48, hay algunas en las cuales la conducta típica consiste en causar la muerte a otra persona o personas. Tales son las contempladas en los siguientes numerales:

a. Numeral 1°:

"1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo."

Esta causal permite sancionar como falta gravísima el homicidio doloso de una sola persona, motivado por cualquier causa, sin que medien las circunstancias exigidas por la causal del numeral 11 bajo examen (circunstancias que consisten en la pluralidad de víctimas, su indefensión y que las muertes se ocasionen *"dentro de un mismo contexto de hechos"*). Bajo esta causal caería, por ejemplo, el homicidio de un indigente llevado a cabo por un servidor público, en ejercicio de su cargo y en razón, con ocasión o como consecuencia de las funciones del mismo, o abusando de ellas. No obstante, la descripción de la conducta del numeral 1° impide sancionar como falta gravísima el homicidio u homicidios si no se cometen *"en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo."*

b. Numeral 6°:

"6. Ocasionar, con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, por razón de su pertenencia al mismo, la muerte de uno o varios de sus miembros."

Esta causal permite sancionar el homicidio de una sola persona ocasionado por razones políticas, raciales, culturales o religiosas, pero únicamente si tal muerte es causada *"con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo"* (Genocidio). Sin la

---

[207] Conforme al artículo 45 de la misma Ley 734 de 2002, la destitución e inhabilidad general implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o

c) La terminación del contrato de trabajo, y

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

Conforme al artículo 46 de la misma Ley, la inhabilidad general será de diez a veinte años.

presencia de este elemento subjetivo, no es posible sancionar como falta gravísima el homicidio de una sola persona por razones de intolerancia política, religiosa, sexual, étnica o cultural.

c. Numeral 7°:

7. Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario.

Bajo esta causal se podría castigar el homicidio de una sola persona por razones de intolerancia, pero solamente cuando el mismo se produzca dentro del contexto de un conflicto bélico.

Por fuera de las anteriormente examinadas, ninguna otra de las conductas descritas por el artículo 48, configurativas de faltas gravísimas, tiene como verbo rector de la conducta el ocasionar la muerte a otra persona o personas. Por lo anterior, concluye la Corte que actualmente no constituye falta gravísima el que un servidor público ocasione la muerte a una sola persona por razón de sus opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma, sin que ello se lleve a cabo con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo. Tal conducta no es objeto de sanción disciplinaria, pero en cambio si lo es el ocasionar la muerte a dos o más que se encuentren en estado de indefensión, si ello ocurre "dentro de un mismo contexto de hechos".

8. Se pregunta entonces la Corte si le era posible al legislador omitir el considerar como falta grave el homicidio intencional aislado de una persona por razones de intolerancia o si estaba obligado a incluir tal conducta dentro del catálogo del artículo 48.

Así como en el área del Derecho Penal el legislador puede, mientras respete la Constitución, crear o suprimir tipos penales y graduar la penas aplicables según la ponderación que haga de la gravedad de las conductas y del daño que las mismas pueden ocasionar a la sociedad, en el terreno del Derecho Disciplinario, como otra modalidad del *ius puniendi* del Estado, también goza el Congreso de libertad de configuración a la hora de definir qué conductas de los servidores públicos impiden el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública. No obstante, esta libertad configurativa del legislador no puede entenderse absoluta, pues tanto en la descripción de las conductas disciplinables como en señalamiento de las sanciones correspondientes debe ajustarse a los valores y principios constitucionales y observar también los principios de finalidad y proporcionalidad propios del derecho disciplinario, que obligan, como se dijo, a que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente resulten adecuadas para conseguir la realización del fin que persigue la potestad disciplinaria, esto es lograr del correcto ejercicio de la función pública.

A esta realidad se ha referido anteriormente esta Corporación de la siguiente manera:

"En principio, la regla es que el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de definir las conductas penalmente reprochables, lo cual,

extendido por naturaleza al ámbito disciplinario, implica que la ley es autónoma en la regulación de las conductas disciplinariamente sancionables. No obstante, la supremacía del orden constitucional también exige que la definición de las conductas y la imposición de las sanciones correspondientes respeten los parámetros de proporcionalidad que impone el régimen superior, de suerte que aquella libertad configurativa no desborde ni en discriminación de los asociados ni en desconocimiento de los principios que ilustran el régimen punitivo del Estado.

"La Corte sostuvo en una de sus sentencias que:

"La relatividad de las opiniones sobre el punto y la necesidad de rodear de garantías a la persona - lo que reviste enorme trascendencia dado que la aplicación de penas traduce la manifestación más intensa del poder estatal frente al individuo y a su libertad - ha llevado a reservar únicamente al Legislador la determinación de los comportamientos que ameritan sanción y el establecimiento de su naturaleza, alcance y de la respectiva dosimetría punitiva (C.P. arts. 150-2 y 29). A través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, la sociedad tipifica las conductas reprochables y fija las condignas sanciones y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas. Sobra señalar que las sanciones disciplinarias como expresión del poder punitivo del estado y por su íntima conexión con el ejercicio de la función pública en los ámbitos administrativo y judicial (C.P. arts. 150-23, 256-3, 233), no se sustrae al mencionado principio de legalidad (C.P. art. 29).

"La Constitución no obstante la amplia atribución que concede al Congreso en lo que concierne a la fijación de las penas y las sanciones, incorpora como norma suya una verdadera interdicción al exceso punitivo. Nadie será sometido - reza el artículo 12 de la CP - a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por su parte, el artículo 34 de la C.P. prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Adicionalmente, el carácter social del estado de derecho, el respeto a la persona humana, a su dignidad y autonomía, principios medulares del ordenamiento constitucional, se sirven mejor con leyes que encarnen una visión no disociada del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad de la pena, de modo que ésta sólo se consagre cuando sea estrictamente necesario." (Sentencia C-591 de 1993. Subrayas fuera del original)

"De los apartes citados es posible colegir que aunque el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad al momento de decidir cuáles conductas merecen juicio de reprochabilidad jurídica, dicha autonomía se encuentra restringida por las pautas que imponen la proporcionalidad y la vigencia de los principios de convivencia pacífica y el orden justo. A esto habría que agregar que el legislador está obligado a mantener las garantías mínimas que se ha comprometido proteger en el ámbito internacional en torno a la protección de los derechos de los asociados."[208] (Resaltado fuera del original)

[208] Sentencia C-181 de 2002, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

9. Las anteriores reflexiones llevan a cuestionar el contenido normativo de las expresiones acusadas del numeral 11 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 que ahora ocupan la atención de la Corte. Dicho numeral eleva a la condición de falta gravísima el homicidio causado por diversas razones de intolerancia, pero sólo cuando recae sobre varias personas en estado de indefensión y si es cometido *"dentro de un mismo contexto de hechos"*. La finalidad inmediata de esta norma consiste en realizar los valores expresados en el preámbulo mismo de la Constitución Política de respeto a la vida y a la dignidad de las personas, de la búsqueda de la convivencia y de la construcción de un orden social justo. Para ello se proscribe la conducta de los servidores públicos que atente contra la vida por razones claramente discriminatorias como lo son sus *"opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma"*, incluso cuando dicho comportamiento no sea llevado a cabo en ejercicio de funciones. El legislador persigue también garantizar el principio constitucional de imparcialidad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 superior.

Siendo esta la finalidad de la disposición y aceptándose que el Congreso está obligado a respetar los valores constitucionales expresados en el Preámbulo de la Carta y los demás principios superiores[209] y también a mantener las garantías mínimas que se ha comprometido proteger en el ámbito internacional en torno a la protección de los derechos humanos, no podría el legislador considerar que el ocasionar la muerte de una sola persona por razones de intolerancia política, religiosa, racial, o cultural no constituya una falta gravísima del servidor público que la causa. Con este proceder irrespetaría el principio de proporcionalidad que exige al legislador definir tipos penales idóneos para la protección de los bienes jurídicos que pretende tutelar. En efecto, ha dicho la Corte refiriéndose a materias penales, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el Congreso debe describir los delitos que realmente protejan tales derechos superiores:

"La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional. En sentencia C-709 de 1996, la Corte analizó el tema de la idoneidad del tipo penal descrito en el artículo 143 del Decreto 100 de 1980 (modificado por el artículo 24 de la Ley 190 de 1995), para concluir que el beneficio derivado de la denuncia del hecho punible por parte de alguno de los participantes en el mismo, tenía por efecto dejar desvalido el bien constitucional "moralidad pública". En similar sentido se pronunció en la sentencia C-177 de 2001, en la que se estableció que la definición del tipo penal de genocidio tenía por efecto desproteger los derechos constitucionales, en particular la vida e integridad física, de un grupo de personas. Es decir, el tipo no resultaba idóneo

[209] Sobre el alcance de los valores y principio constitucionales como referentes interpretativos de la ley y orientadores de su expedición, consúltese las sentencias T-406 de 1992, C-546 de 1992, T- 079 de 1995, C- 445 de 1999, C-690 de 1996 y C-126 de 1998.

para la protección de los derechos constitucionales de los colombianos..."[210] (Negrillas fuera del original)

Por todo lo anterior la Corte coincide con la demandante en cuanto señala que la muerte de una sola persona por las razones de intolerancia mencionadas razonablemente debe ser considerada como una falta gravísima del funcionario que la ocasiona, independientemente de si la víctima se encuentra o no en estado de indefensión. De igual manera, estima que la muerte de varias personas por los reseñados motivos de intolerancia siempre debe configurar una falta gravísima, sin atender si están o no en estado de indefensión ni a la circunstancia de que tales muertes se causen "dentro de un mismo contexto de hechos". Por tal motivo considera que le asiste razón a la actora cuando solicita la declaración de inconstitucionalidad de la parte parcialmente acusada del numeral 11 que ahora se examina.

10. La Corte estima que si se trata de hacer operantes los valores a la vida y a la dignidad, así como los principios de no discriminación y de imparcialidad de la función pública, la expresión acusada de la norma demandada debe ser retirada del ordenamiento. De otra manera la ley no respetaría los referidos valores constitucionales expresados en el Preámbulo de la Carta y los demás principios y derechos fundamentales recogidos en el texto de la Constitución.

Tampoco mantendría adecuadamente la garantías mínimas del derecho a la vida y a la no discriminación que Colombia se ha comprometido proteger en el ámbito internacional, concretamente en el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica en 1969[211] y en los artículos 2° y 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU[212], normas que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 superior, forman parte del bloque de constitucionalidad.

---

[210] Sentencia C-969 de 2002. M.P Eduardo Montealegre Lynett.

[211] Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 4: Derecho a la Vida
"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
..."

[212] *Declaración Universal de Derechos Humanos*

"Artículo 2:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."

Decisión similar adoptó en oportunidad anterior esta Corporación, cuando, al estudiar la constitucionalidad del tipo penal de genocidio contenido en el artículo 322A de la Ley 589 de 2000, retiró del ordenamiento jurídico la expresión *"que actúe dentro del margen de la Ley"* contenida en dicha norma.[213] En esa ocasión, la Corte estimó que esta frase introducía un condicionamiento sin el cual no era posible penalizar adecuadamente la conducta de genocidio, con lo cual no sólo se irrespetaban compromisos internacionales adquiridos por Colombia, sino que, adicionalmente, se dejaban desprotegidos derechos consignados en la Carta Fundamental cuyo amparo era obligado para el legislador. Dijo entonces la Corte:

"...se tiene que la regulación que de la figura del genocidio hace la norma cuestionada del Código Penal, condicionó la incriminación punitiva de la conducta a la circunstancia de que el grupo nacional, étnico, racial, político o religioso cuya destrucción se persigue mediante la aniquilación de sus miembros, "*actúe dentro del margen de la Ley".*

"La Corporación halla que este condicionamiento, cuya constitucionalidad se somete a tela de juicio, no se ajusta a la Carta Política.

"...

"En efecto, advierte esta Corte que, contrariamente a lo dispuesto, principalmente en la ya mencionada Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, por razón de lo preceptuado en la frase cuestionada, en la legislación penal colombiana quedó por fuera de la incriminación punitiva, el exterminio de grupos humanos que se encuentren al margen de la Ley.

"...

"A juicio de esta Corte, la señalada restricción resulta también inaceptable, por cuanto riñe abiertamente con los principios y valores que inspiran la Constitución de 1991, toda vez que desconoce en forma flagrante las garantías de respeto irrestricto de los derechos a la vida y a la integridad personal que deben reconocerse por igual a todas las personas, ya que respecto de todos los seres humanos, tienen el mismo valor.

"...

"Como esta Corte lo ha puesto de presente en oportunidades anteriores, la vida es un valor fundamental. Por lo tanto, no admite distinciones de sujetos ni diferenciaciones en el grado de protección que se conceda a esos derechos.

---

213 El texto completo del artículo 322 A era el siguiente: ***Artículo 322A.- Genocidio.-*** *El que con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del margen de la Ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuarenta y cinco (45) a sesenta (60) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años*

"Al apartarse la Corte del concepto del señor Fiscal General de la Nación, juzga necesario reiterar que la cláusula general de competencia en favor del Congreso y la libertad de configuración legislativa que de la misma emana, no pueden aducirse como razón constitucionalmente válida para justificar la desprotección o el desconocimiento de valores superiores que, como la vida y la integridad personal gozan del mayor grado de protección, por lo que su garantía no admite restricciones ni diferenciaciones de trato, ya que ello desnaturaliza la esencia misma del mandato constitucional.

"...

"...de donde resulta que la incriminación selectiva del genocidio, respecto tan sólo de los miembros de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la Ley, que consagra la frase cuestionada es, a todas luces contraria a la Carta Política y, de consiguiente, inexequible." [214]

Como puede apreciarse, en la sentencia transcrita la Corte, declaró una inexequibilidad parcial en aras de lograr la efectiva garantía del derecho a la vida y de otros valores fundamentales. De igual manera se procederá en la presente oportunidad.

12. Fomentar o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley; o promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos.

13. Privar de la libertad a una o varias personas y condicionar la vida, la seguridad y la libertad de esta o estas a la satisfacción de cualquier tipo de exigencias.

14. Privar ilegalmente de la libertad a una persona.

15. Retardar injustificadamente la conducción de persona capturada, detenida o condenada, al lugar de destino, o no ponerla a órdenes de la autoridad competente, dentro del término legal.

16. Atentar, con cualquier propósito, contra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, u obtener información o recaudar prueba con desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y legales.

---

[214] Ver Sentencia C-177 de 2001 M.P Fabio Morón Díaz

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

Jurisprudencia: El numeral 10 del artículo 25 de la Ley 200 de 1995 establecía: "10. Actuar a sabiendas de estar incurso en causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses, establecidos en la Constitución o en la ley." El aparte subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-391/02**.

LEY DISCIPLINARIA DEROGADA - Producción de efectos jurídicos cuando es más favorable

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA - Legislación derogada

NORMA DEROGADA - Efectos jurídicos

FALTA GRAVÍSIMA - Actuación a sabiendas de estar incurso en causal de inhabilidad

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN FALTA DISCIPLINARIA - Cuestionamiento de determinación

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN RÉGIMEN DISCIPLINARIO - Margen amplio

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN RÉGIMEN DISCIPLINARIO - Determinación de circunstancias que excluyen posibilidad de elección o nombramiento

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE FUNCIÓN PÚBLICA - Actuación a sabiendas de estar incurso en causal de inhabilidad

FALTA DISCIPLINARIA - Actuación a sabiendas de estar incurso en causal de inhabilidad

RÉGIMEN DE INHABILIDADES Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO - Relación estrecha

RÉGIMEN DE INHABILIDADES Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO - Consecuencias jurídicas a instituciones que hacen parte del otro

RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Atribución legislativa de efectos jurídicos a sanciones disciplinarias / **RÉGIMEN DISCIPLINARIO** - Intencional desconocimiento de inhabilidad

CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Inexistencia de poderes absolutos **/ LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN RÉGIMEN DISCIPLINARIO** - Límites en determinación de circunstancias que generan inhabilidades y constituyen faltas

PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM - No vulneración por generarse en un mismo supuesto fáctico una actuación administrativa y una disciplinaria **/ PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM** - Requerimientos para consolidación

PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM - Triple identidad

PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN ACCIÓN ELECTORAL Y DISCIPLINARIA - No aplicación

ACCIÓN ELECTORAL - Naturaleza y alcance

ACCIÓN DISCIPLINARIA - Naturaleza y alcance

ACCIÓN ELECTORAL Y ACCIÓN DISCIPLINARIA - Naturaleza diferente

ACCIÓN ELECTORAL Y ACCIÓN DISCIPLINARIA EN MATERIA DE INHABILIDADES - No generación de doble juzgamiento

ACCIÓN ELECTORAL Y ACCIÓN DISCIPLINARIA - Objeto y fundamento de decisión diferente

ACCIÓN ELECTORAL - Especial de legalidad **/ ACCIÓN ELECTORAL Y ACCIÓN DISCIPLINARIA** - Inexistencia de triple identidad que evidencie dos juzgamientos por un mismo hecho

1. El actor plantea que el ejercicio de la acción electoral ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, simultáneamente, el seguimiento de un proceso disciplinario en la Procuraduría General de la Nación contra quien ha accedido a la función pública a pesar de encontrarse inhabilitado para ello, vulnera el principio *non bis in ídem* consagrado en el artículo 29 de la Carta pues implica la imposición de dos sanciones por un mismo hecho. Por ese motivo, afirma, debe declararse la inexequibilidad de la norma demandada.

(…)

Entra, entonces, la Corte a resolver el problema jurídico suscitado no sin antes precisar que si bien la Ley 200 de 1995 fue derogada por la Ley 734 de 2002, la que entró en vigencia el 5 de mayo de este año, el numeral 10 del artículo 25 de aquella produce efectos jurídicos en aquellos casos en que ese régimen sea más favorable para los sujetos disciplinables que el previsto en la nueva legislación.

En efecto, aquellos funcionarios que en vigencia de la Ley 200 de 1995 actuaron en la función pública a sabiendas de estar incursos en una causal de inhabilidad -Artículo 25, numeral 10- pueden ser investigados disciplinariamente por la comisión de una falta gravísima y en caso de ser encontrados responsables, pueden ser afectados con la sanción principal de destitución -Artículo 32- y con las sanciones accesorias de inhabilidad para ejercer funciones públicas y exclusión de la carrera -Artículo 30-. Y aquellos funcionarios que a partir del 5 de mayo de este año, actúen u omitan a pesar de la existencia de causales de inhabilidad de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales, incurren en una falta gravísima -Artículo 48, numeral 17- sancionable, si es dolosa, con destitución e inhabilidad general -Artículo 44, numeral- y la exclusión de la carrera -Artículo 45-.

Adviértase cómo en el régimen derogado la sanción de inhabilidad tiene carácter accesorio y no principal y su duración, que por remisión debe establecerse con base en el régimen penal, es de cinco a veinte años, con la excepción prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Carta. En cambio, en la nueva legislación la inhabilidad no tiene carácter accesorio y su duración es de diez a veinte años.

De esa manera, se satisface la exigencia de producción de efectos jurídicos por parte de una norma derogada para que la Corte pueda pronunciarse con base en la demanda interpuesta contra ella.

Por otra parte, si bien la demanda se dirige contra la expresión “inhabilidad” que hace parte del numeral 10 del artículo 25 de la Ley 200 de 1995, la Corte asume que la acción se dirige contra la regla de derecho contenida en el inciso primero de ese artículo y en el numeral 10 en relación con esa causal específica, regla de derecho según la cual se considera falta gravísima el actuar a sabiendas de estar incurso en causales de inhabilidad establecidas en la Constitución y en la ley. Ese es el alcance de la demanda interpuesta pues carece de sentido que se cuestione la validez constitucional de una expresión que, aisladamente considerada, no contiene ningún mandato, prohibición o permisión.

2. El demandante cuestiona la decisión legislativa de configurar como falta disciplinaria la actuación en la función pública de un agente estatal a sabiendas de la existencia de una causal de inhabilidad. En su opinión, tal actuación debe implicar únicamente el cuestionamiento de la legalidad del acto administrativo de nombramiento o de elección ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo pero no tiene por qué constituir falta disciplinaria pues al atribuirle este carácter se está generando una doble responsabilidad a partir de un mismo hecho.

Como se advierte, este argumento se dirige a cuestionar la legitimidad de la capacidad de configuración normativa de que es titular el legislativo en un punto específico: La determinación de las faltas disciplinarias. Ello es así porque para el actor, el Congreso debe abstenerse de incluir entre tales faltas la actuación en la función pública de un agente estatal pese a la conocida existencia de una causal de inhabilidad pues tal actuación debe cuestionarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Pero como el legislador, al expedir la norma demandada, ha optado por incluir tal actuación entre las faltas disciplinarias, haciéndolo además entre aquellas consideradas como gravísimas, debe declararse su contrariedad con la Carta.

En cuanto a ello hay que decir que el poder legislativo tiene un amplio margen de libertad para establecer el régimen disciplinario y que ese amplio margen es consustancial a un régimen constitucional en cuanto remite la configuración de las reglas de derecho -como supuestos necesarios para la convivencia pacífica- a la instancia del poder público de mayor ascendencia democrática[215].

Por otra parte, el legislador se encuentra legitimado también para determinar los hechos o las circunstancias que excluyen a un aspirante de la posibilidad de ser elegido o nombrado en la función pública pues con ese proceder garantiza la absoluta transparencia de sus agentes y genera confianza pública en cuanto a que su desempeño se orientará a la realización de los fines estatales y de los principios de la función administrativa[216].

En ese orden de ideas, si el legislador ha ejercido su potestad de configuración normativa estableciendo un régimen disciplinario para la función pública y si en ese régimen ha previsto que constituye falta disciplinara la actuación en la función pública de un agente estatal que sabe se encuentra incurso en una inhabilidad, independientemente de la posibilidad que por ese mismo hecho se cuestione la legalidad del nombramiento o elección del servidor público, tal es un ejercicio de poder de normación que *per se* no controvierte el Texto Fundamental. Ello es así en cuanto lo legítimo en una democracia constitucional es que sea el legislativo, como órgano de representación popular, el que expida las reglas de derecho que han de regular la vida en sociedad y, entre ellas, aquellas relativas a la función pública, incluidas las relacionadas con la responsabilidad disciplinaria de los agentes estatales. Para este

---

[215] En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha destacado que el competente para establecer el régimen disciplinario es el legislador ordinario y de allí que haya declarado la inexequibilidad de normas disciplinarias contenidas en leyes estatutarias, como lo hizo, por ejemplo, en la Sentencia C-037-96, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, en relación con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Tal competencia fue resaltada también en la Sentencia SU-637-96, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, pronunciamiento en el que, entre otras cosas, se precisó que el Código Único Disciplinario se aplicaba también a la Rama Judicial del Poder Público.

[216] La Corte ha indicado que el legislador tiene una amplia discrecionalidad para regular tanto las causales de inhabilidad como su duración en el tiempo. No obstante, ha considerado que esa regulación debe hacerse de manera proporcional y razonable para no desconocer los valores, principios y derechos consagrados en el Texto Fundamental. Entre otras, Sentencias C-194-95, C-329-95, C-373-95, C-151-97 y C-618-97.

caso, tal facultad halla un claro fundamento en los artículos 123 y 150, numeral 23 de la Carta[217].

3. Por otra parte, si el Estado debe orientarse a la realización de los fines previstos por el constituyente y si en esa tarea la función administrativa debe enmarcarse en unos principios como los señalados en el artículo 209 Superior, es comprensible que dos ámbitos estrechamente relacionados por la teleología que los anima, como son el régimen de inhabilidades y el régimen disciplinario de la función pública, entren en conexión a través de las normas que los integran.

En efecto, si el régimen de inhabilidades se orienta a garantizar la absoluta transparencia de las personas que se han de vincular a la función pública para asegurar que el ejercicio de ésta se dirija no a la realización de los propios intereses sino a la satisfacción de las necesidades sociales y al aseguramiento de los intereses colectivos[218] y si, por otra parte, el régimen disciplinario implica la imputación de faltas y la imposición de sanciones a quienes infringen sustancialmente sus deberes funcionales y afectan la función administrativa[219], es claro que en uno de esos ámbitos normativos puede atribuirse consecuencias jurídicas a instituciones que hacen parte del otro y viceversa.

Así, es legítimo frente al Texto Fundamental, que el legislador le atribuya efectos jurídicos en el ámbito de las inhabilidades a las sanciones disciplinarias y, en el mismo sentido, es legítimo que en el régimen disciplinario se prevea como falta el intencional desconocimiento del régimen de inhabilidades pues a pesar de tratarse de dos instituciones diferentes, ellas se encuentran estrechamente relacionadas en tanto procuran asegurar los principios de la función administrativa, en un caso, impidiendo que acceda a ella quien no garantiza la transparencia requerida para su ejercicio, y, en otro, sancionando a quien, ya en él, ha infringido sus deberes funcionales[220].

---

*217 "*De conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 150-23 de la Constitución, compete al legislador regular la función pública y dentro de ella establecer todos aquellos requisitos, exigencias, condiciones, calidades, etc., que deben reunir las personas que deseen ingresar al servicio del Estado. Igualmente, consagrar el régimen disciplinario y el de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos a que están sujetos los empleos de las entidades públicas*". Corte Constitucional. Sentencia C-558-94. M. P., Carlos Gaviria Díaz*

218 Esta Corporación ha considerado que la consagración de inhabilidades obedece a la "*inaplazable necesidad de purificar los procesos de acceso a la función pública*". Sentencia C-483-98, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

219 En cuanto a la finalidad del derecho disciplinario, esta Corporación ha señalado que él "*es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (CP art. 1°), por cuanto de esa manera se busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública se ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (CP art. 6°)*". Corte Constitucional. Sentencia C-280-96. M. P., Alejandro Martínez Caballero.

220 Sobre esta posibilidad de ejercicio de la función legislativa y su armonía con el Texto Fundamental ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Corporación: "*Las inhabilidades en estricto sentido no hacen parte del régimen disciplinario, pero una ley disciplinaria puede regular inhabilidades e incompatibilidades porque entre esas materias existe una conexidad temática e instrumental razonable, que permite considerarlos como una materia debido a que la infracción al régimen disciplinario puede configurar una inhabilidad y el desconocimiento de las*

4. Ahora bien. Ya que en el constitucionalismo no existen poderes absolutos, es claro que el ejercicio de la capacidad de configuración normativa del legislador en el ámbito del régimen disciplinario, -en particular, en la determinación de los hechos y circunstancias susceptibles de generar inhabilidades y constituir faltas disciplinarias-, sólo es legítimo en cuanto la regulación establecida no desconozca los valores, principios y derechos consagrados en la Carta. Ello es así por cuanto el Estado, en procura de realizar los fines delineados por el constituyente, no puede menoscabar tales valores, principios y derechos ya que su respeto, promoción y realización constituyen precisamente su tarea más prioritaria.

En ese espacio adquiere importancia el cargo planteado por el demandante contra la norma acusada de inexequible: El legislador, en el propósito de realizar los fines estatales y los principios de la función administrativa, no puede establecer un régimen disciplinario que vulnere el derecho fundamental que tiene toda persona a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Por ello, según el actor, si en un servidor público concurre una inhabilidad, y existe la posibilidad de desatar una actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se remueva del universo jurídico el acto de elección o nombramiento y se deje sin efecto el acceso a la función pública propiciado por ese acto, no puede promoverse también un proceso disciplinario por la supuesta falta cometida al actuar en la función pública conociendo esa inhabilidad pues con tal proceder se estaría generando una doble sanción por un mismo hecho, que es precisamente lo que proscribe el artículo 29 del Texto Superior.

No obstante lo expuesto por el actor, la Corte advierte que no por generarse en un mismo supuesto fáctico una actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y un proceso disciplinario, se incurre en vulneración del principio *non bis in ídem*. Ello es así porque la proscripción de generar dos o más juzgamientos por un mismo hecho exige mucho más que la simple identidad del supuesto de hecho que desencadena los distintos procesos. Por el contrario, para que el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho se consolide, se requiere que en esos procesos exista identidad de causa, objeto y persona pues sólo esa múltiple identidad es la que permite afirmar que se está ante hechos ya juzgados y, en consecuencia, ante la imposibilidad de que el Estado proceda nuevamente[221].

---

inhabilidades puede ser un acto constitutivo de falta disciplinaria". Corte Constitucional, Sentencia C-656-97, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[221] "*Como quiera que el significado primigenio de los principios de non bis in ídem y de cosa juzgada consiste en impedir que los hechos o conductas debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior, esta Corporación ha considerado que la relación que debe existir entre los hechos, el objeto y la causa de esos dos procesos debe ser de identidad. En efecto, la jurisprudencia señala que debe tratarse de motivos idénticos, de juicios idénticos, del mismo hecho, del mismo asunto o de identidad de objeto y causa. Así, por ejemplo, la Corte ha estimado que no se violan los principios constitucionales en comento cuando una misma conducta es juzgada por dos jurisdicciones diferentes con base en normas de categoría, contenido y alcance distintos*". Corte Constitucional, Sentencia T-162-98, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Es cierto que toda persona tiene derecho a la emisión de una decisión definitiva en los conflictos suscitados y a la proscripción de la facultad estatal de reconsiderar esa decisión definitiva pues es claro que con un tal proceder se extendería un manto de inseguridad jurídica sobre las decisiones de los poderes públicos y se socavarían las bases mismas del Estado de derecho. Sin embargo, para que tal derecho se consolide se requiere mucho más que la simple identidad en la situación de hecho que sirve de punto de partida a esas diversas actuaciones, circunstancia que explica por qué la jurisprudencia y la doctrina, recogiendo decantadas elaboraciones, exijan la triple identidad de objeto, causa y persona entre dos actuaciones para afirmar la vulneración del principio *non bis in ídem*.

De ser cierto que la identidad en el supuesto fáctico que genera las diversas actuaciones bastara para ampararse en ese principio, al Estado le resultaría imposible promover los distintos procedimientos que, partiendo de los mismos hechos, implican diferentes títulos de imputación. Así, tras la comisión por un agente estatal de una conducta punible que ha afectado el patrimonio público, al Estado le resultaría imposible investigar y juzgar penalmente a tal agente por la comisión de una conducta lesiva de la administración pública como bien jurídico penalmente protegido, sancionarlo disciplinariamente por la infracción de sus deberes funcionales y condenarlo fiscalmente a la reparación del daño patrimonial causado a la entidad pública. No obstante, nada se opone a que, tomando como punto de referencia un mismo supuesto de hecho, esas distintas actuaciones se adelanten y en cada una de ellas se adopten las sanciones consecuentes pues la naturaleza de tales procedimientos y la índole de la responsabilidad que en cada caso se debate permite el seguimiento de esos múltiples procesos.

5. En ese contexto, si se analiza, por una parte, la naturaleza de la acción electoral, y, por otra, la índole de la acción disciplinaria, y las consecuentes competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de la Procuraduría General de la Nación y demás autoridades disciplinarias, se advertirá que se trata de acciones y procesos completamente diferentes y, por tanto, ajenos a la identidad exigida para la aplicación del principio *non bis in ídem*.

La acción electoral es una acción pública especial de legalidad o de impugnación de un acto administrativo electoral que puede ejercerse por cualquier persona en el plazo indicado por la ley, que procede contra actos de elección y de nombramiento y cuyo conocimiento le incumbe a la jurisdicción contencioso administrativa. Aunque puede plantearse como una acción de restablecimiento por el perjudicado con el acto de elección o nombramiento, su naturaleza es la de una acción pública de legalidad en cuanto con su ejercicio se procura la anulación de un acto electoral en razón de su ilegalidad.

La acción disciplinaria, en cambio, es una acción pública que se orienta a garantizar la efectividad de los fines y principios previstos en la Constitución y en la ley para el ejercicio de la función pública; cuya titularidad radica en el Estado; que se ejerce por la

Procuraduría General de la Nación, las personerías, las oficinas de control disciplinario interno, los funcionarios con potestad disciplinaria y la jurisdicción disciplinaria; que es independiente de las acciones que puedan surgir de la comisión de la falta y que permite la imposición de sanciones a quienes sean encontrados responsables de ellas.

Como puede advertirse, mientras en la acción electoral se cuestiona la legalidad de un acto administrativo de elección o nombramiento, en la acción disciplinaria se determina la responsabilidad que le asiste al agente estatal por la infracción de sus deberes funcionales. De allí que mientras con la acción electoral se pretende la anulación de un acto administrativo ilegal, la acción disciplinaria se orienta a la sanción del sujeto disciplinable encontrado responsable de una falta de esa naturaleza. Ello explica que existan fenómenos que impiden la prosperidad de la acción electoral, como la caducidad de la acción, y que ellos no tengan ninguna incidencia en la acción disciplinaria. De igual manera, esa diversa naturaleza permite comprender por qué en esa acción especial se presume la legalidad del acto impugnado en tanto que en el derecho disciplinario se parte de la presunción de inocencia del disciplinado, con total independencia de la legalidad o ilegalidad del acto emitido.

Luego, no puede afirmarse que al promover una acción electoral y una acción disciplinaria con ocasión del nombramiento o la elección de un agente estatal y de la actuación de éste en la función pública a pesar de estar incurso en una inhabilidad, se esté generando un doble juzgamiento pues sólo el proceso disciplinario implica ejercicio de poder sancionador, recae sobre el agente estatal, involucra un juicio de reproche por la infracción de sus deberes funcionales, entre ellos el de observar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y conduce a la imposición de sanciones.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cambio, decide si tiene fundamento o no el cuestionamiento de la legalidad de un acto de elección o nombramiento por haber recaído sobre una persona afectada con una inhabilidad. Su decisión deja sin efectos ese acto administrativo por su contrariedad con el ordenamiento jurídico pero en manera alguna involucra ejercicio de potestad sancionadora sobre el agente estatal así nombrado o elegido.

6. Por otra parte, teniendo en cuenta que la acción electoral y la acción disciplinaria tienen objetos completamente diferentes y que los fundamentos de las decisiones a emitir no son los mismos, es posible que concurran decisiones en apariencia contradictorias. Con todo, esa es una circunstancia posible y explicable en razón de la distinta naturaleza de esas actuaciones pero no por ello se ganan argumentos para afirmar la inexequibilidad de la norma demandada.

Así, adviértase, por ejemplo, que para determinar la legalidad del acto administrativo, es indiferente el conocimiento o desconocimiento que la administración haya tenido de la existencia de un hecho que excluía la posibilidad de nombrar o elegir a aquél en quien tal hecho concurría. Sin embargo, para determinar la responsabilidad disciplinaria del agente estatal es necesario acreditar que él tenía conocimiento de ese hecho y de su previsión normativa como inhabilidad y que no obstante ese conocimiento tomó la

decisión de acceder a la función pública y de actuar en ella. En este caso, el reproche procede porque existe una manifestación de voluntad pues se acepta el cargo a pesar de la concurrencia de la inhabilidad y en virtud de ese asentimiento se toma posesión de él y se actúa en la función pública.

De acuerdo con esto, es posible que la acción electoral prospere y que la acción disciplinaria no lo haga en ausencia del conocimiento de la inhabilidad como elemento del ilícito disciplinario pero esa posibilidad se explica en virtud de la distinta índole de tales acciones y no tiene incidencia alguna si lo que se pretende es la declaratoria de inexequibilidad de la norma demandada.

7. Como puede advertirse, entonces, el cargo planteado por el actor no está llamado a prosperar pues la regla de derecho demandada no vulnera el artículo 29 de la Carta en cuanto no implica la imposición de dos sanciones por un mismo hecho.

Ello es así en cuanto en la acción electoral, como una acción especial de legalidad, y en la acción disciplinaria no concurren los presupuestos de identidad de causa, objeto y persona que evidencian que se está ante dos juzgamientos de un mismo hecho. Por el contrario, se trata de acciones diferentes que apuntan a propósitos distintos pues no es lo mismo cuestionar la legalidad de un acto de elección o nombramiento que cuestionar la responsabilidad disciplinaria de un agente estatal por infringir sus deberes funcionales.

Si ello es así, tampoco concurren argumentos para afirmar que como consecuencia de la imposición de dos sanciones por un mismo hecho se vulneren, aparte del artículo 29, los artículos 1, 2, 4, 5 y 238 del Texto Superior.

De acuerdo con ello, se declarará la exequibilidad de la norma demandada.

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Fallo de Primera Instancia. Radicación Nº **156-73295-02**.

> **DEBER DE ELEGIR** - No es limitado sin posibilidad de asumir posición de desacuerdo
>
> **COMPETENCIA PARA ELEGIR** - Responsabilidades en el acto eleccionario **/ COMPETENCIA PARA ELEGIR** - Lleva implícita el desarrollo de la función pública

FUNCIÓN DE ELEGIR - Mayor diligencia y prudencia exigible al servidor público

ÁLVARO VILLAMIZAR AFANADOR, en su condición de diputado del departamento de Santander, denunció ante el Procurador General de la Nación que el Contralor electo de ese Departamento, Dr. ALBERTO RIVERA BALAGUERA, al momento de su elección se encontraba incurso en inhabilidad para el ejercicio de su cargo; toda vez que en el año inmediatamente anterior a su elección, que se llevó a cabo el 5 de enero de 2001, desempeñó un cargo en la Contraloría Municipal de Bucaramanga.

El tema de la inhabilidad del entonces candidato a la Contraloría Departamental ALBERTO RIVERA BALAGUERA, según la queja presentada, había sido debatido y puesto de presente a los diputados de la Asamblea; sin embargo, la mayoría de miembros de esa Corporación votó en su favor eligiéndolo Contralor Departamental.

El señor RIVERA BALAGUERA, a pesar de estar incurso en la inhabilidad, tomo posesión del cargo, ante la Asamblea Departamental el 9 de enero de 2001 (folio 224). De otro lado, se denunciaron posibles irregularidades relacionadas con la reestructuración del ente de Control Fiscal a nivel departamental.

(...)

I. CONDUCTA DE LOS MIEMBROS DE LA ASAMBLEA

El comportamiento que se reprocha a los diputados de la Asamblea Departamental de Santander, consiste en síntesis en dos actos conexos entre sí; en primer término, haber elegido para el cargo de contralor de ese departamento a una persona que conforme a la Ley se encontraba inhabilitada para ello y de otro lado, haberle dado posesión.

1. ELECCIÓN DE CONTRALOR

La Comisión no pretende, y no lo ha pretendido en esta investigación, pronunciarse sobre la legalidad del acto; ni la legalidad de la elección; razón por la que no comparte los argumentos del apoderado del Doctor CORTES TORRES, en el sentido que es una acción electoral, en la medida en que el objeto de la investigación de la Procuraduría lo constituye es la conducta de los servidores públicos vinculados a la presente investigación. De otro lado tampoco pretende convertirse en el juez de la legalidad del acto ya que esta tarea se encuentra constitucionalmente y legalmente asignada a otra autoridad, misma que ya resolvió sobre el particular encontrando que efectivamente el elegido se encontraba inhabilitado para el ejercicio del cargo.

Es importante resaltar que los Diputados de la Asamblea Departamental de Santander, **indican haber tenido conocimiento**, sobre la vinculación laboral dentro del año inmediatamente anterior del Doctor **ALBERTO RIVERA BALAGUERA** con la

Contraloría Municipal de Bucaramanga (factor constitutivo de la inhabilidad), así como de la función propia de elegir que ostentan, al tenor de lo contenido en el artículo 272 de la Constitución, que señala:

> *"Corresponde a las asambleas...elegir contralor para periodo igual al del gobernador,...de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo...Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener mas de veinticinco anos, acreditar titulo universitario y las demás calidades que establezca la ley..."*

En concordancia con lo contenido en la Ley 330 de 1.996. art. 6, lit. c. que establece:

> *"No podrá ser elegido Contralor quien:... Durante el ultimo año haya ocupado cargo publico del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia"*.

Por tal razón, en el pliego de cargos se consignó que con su conducta pudieron desconocer los numerales 1 y 2 del artículo 40 y el 22 del artículo 41 de la Ley 200 de 1.995.

> *"Son deberes de los servidores públicos los siguientes: 1. Cumplir y hacer que se cumpla la Constitución... 2. cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación de un servicio esencial o que implique abuso o ejercicio indebido de cargo de función" y "está prohibido a los servidores públicos:... 22. nombrar o elegir para el desempeño de cargos públicos a personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión..."*

En consecuencia, no puede afirmarse válidamente que el pliego de cargos fuera vago o ambiguo, por cuanto la descripción de la conducta cuestionada, fue precisa, señalando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ella se produjo, con indicación de las normas presuntamente violadas; en síntesis, se indicó claramente cuál era la conducta reprochada y se señaló de manera diáfana la posible norma infringida, es decir se dieron los parámetros sobre la tipicidad de la falta así como el injusto reprochado.

Deber de elegir

El deber constitucional y legal impuesto a los diputados, no es, como lo sostiene la defensa, limitado a elegir de una terna, **sin posibilidad de asumir posición de desacuerdo**, ante la posible inhabilidad que se predica de una persona que aspira a ser Contralor Departamental. Una tal forma de opinar, desconoce las elementales misiones de todo servidor público, pero ante todo, ignora el contenido de valor que la propia Carta Política ya indica como conjunto de principios a ellos y, en general, a todo ciudadano, dirigidos, pues, si ello fuera cierto, los

servidores públicos podrían infringir el texto superior bajo el criterio de un apego irrestricto a órdenes, mandatos o sugerencias ajenas, a la manera como se estiló hablar con ocasión de la obediencia debida entre militares, aún en frente de órdenes clara y objetivamente inconstitucionales.

La acción de elegir entregada constitucional o legalmente a algunas corporaciones públicas, merece especial atención en la medida en que la dicha función, apareja la de escoger a una persona para un fin o misión trascendente; o en otros casos, la de nombrar por elección para un cargo o dignidad, lo cual implica el ejercicio de una delicada facultad, pues la determinación adoptada por los miembros del ente, implica el ejercicio de la **democracia representativa** y, en si mismo, determina en manos de quién se dejara el desarrollo de una función; para el caso, ni más ni menos que el ejercicio del control Fiscal a nivel departamental.

En efecto, el artículo 272 de la Constitución señala:

> "Corresponde a las asambleas...elegir contralor para periodo igual al del gobernador,...de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo...Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener mas de veinticinco anos, acreditar titulo universitario y las demás calidades que establezca la ley..."

La Ley 330 de 1996, en el literal c) de su artículo establece:

> "No podrá ser elegido Contralor quien:... Durante el ultimo año haya ocupado cargo publico del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia".

La competencia para elegir se predica, en este caso, de los miembros de la Asamblea Departamental, pero tal función apareja necesariamente un especial cuidado y diligencia y por ende, apareja responsabilidades en el acto eleccionario; no se trata, en efecto, del ejercicio del voto como mecanismo de participación democrática directa sino que lleva implícita el desarrollo de la función pública; no se efectúa como derecho ciudadano sino que se exige un *quantum* mayor de responsabilidad de quien tiene a su cargo esa tarea, ya que lo hace en ejercicio de las funciones públicas.

En tal sentido, su papel de elegir a una determinada autoridad, en este caso al Contralor Departamental, parte de la presunción de conocimiento y capacidad suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado y en consecuencia de elegir correctamente. Pero además, como se dijo, apareja compromisos éticos que pueden derivar en responsabilidades de especie diversa, entre ellas, la disciplinaria.

Así las cosas la labor de elegir, lleva implícita, para quien o quienes deben ejecutarla, que se enmarque en el cumplimiento tanto de los requisitos positivos como de los negativos, exigidos para el desempeño de un cargo o empleo, los cuales deben ser analizados y debidamente estudiados, a la luz de los antecedentes que rodean a los candidatos y que obligan a quien elige a ceñirse a los parámetros legales que los contienen. En este caso, debe reiterarse y puntualizarse que **la función de elegir, no es la misma que se predica de un ciudadano que ejerce un tal derecho.**

Como se ha venido analizando a lo largo de este proveído, la Comisión destaca que el mecanismo de la elección de funcionarios por parte de otros con tal atribución, si bien es manifestación de la democracia en sentido amplio, no puede considerarse que se efectúa dentro del marco de los mecanismos de participación democrática, esto es que la naturaleza y contenidos de una elección popular no es la misma que se predica de la elección en manos de una corporación.

En tal sentido debe destacarse que cuando se habla de elecciones en la Constitución Política, en el titulo IX y se estipula que el voto, como mecanismo necesario para la elección, debe ser secreto, se está refiriendo a las elecciones que efectúan los ciudadanos en su condición de tales, es decir, se circunscribe a la democracia participativa, directa, en la que el ciudadano, por ostentar tal calidad, elige a las autoridades.

En el presente caso, se reitera, no se trata de una elección dentro del marco previsto; se trata no del ejercicio de un derecho ciudadano sino del **ejercicio de la función pública;** no se elige como ciudadano sino como servidor; de ahí que se deba exigir una **mayor diligencia y prudencia**, pues no es el ejercicio de un derecho propio sino del ejercicio de una función constitucional especial y claramente deferida.

Así las cosas la Comisión no comparte la argumentación efectuada por alguno de los apoderados en el sentido de que se ha vulnerado los derechos a su poderdante en la medida en que el voto es secreto y que la acción a seguir es una electoral y no un proceso disciplinario, esto último en la medida en que, se repite, no se analiza el acto sino la conducta.

A diferencia de lo que sucede con los ciudadanos en un contexto de relaciones de sujeción general, una elección por parte de servidor público en ejercicio de sus funciones como todo acto que desarrolle en ese marco, apareja responsabilidad, en la medida que tal actividad sucede en un contexto de relaciones de especial sujeción y es por esa razón que sólo se vinculó a la presente investigación a quienes votaron favorablemente, es decir, a quienes advertidos de una posible inhabilidad, **no observaron la prudencia debida**, como se analizara seguidamente.

Deberes que deben observarse al efectuar una elección

Han considerado los implicados, como argumento para pretender exonerarse de responsabilidad, el hecho que el Tribunal del Distrito Judicial de San Gil, había enviado una terna que contenía el nombre de los diversos aspirantes y por tanto consideran debe aplicarse el principio de confianza.

Señalan haber elegido de la terna conformada por los candidatos escogidos por cada uno de los Tribunales de esa jurisdicción. Además, que el Doctor **RIVERA BALAGUERA**, allegó declaración juramentada en donde hacia constar, que no se hallaba incurso en ninguna causal de inhabilidad, máxime cuando la citada estaba soportada por conceptos rendidos por juristas.

La posición de los implicados no tendría ningún tipo de reparo de no ser por que la realidad fáctica, demostrada fehacientemente, es la siguiente: el día cinco (5) de enero del año 2001 en el recinto de la Asamblea Departamental se discutió y debatió plenamente la situación planteada frente a la vinculación que tenia el Doctor **ALBERTO RIVERA BALAGUERA**, en la Contraloría Municipal de Bucaramanga, y que lo imposibilitaba, por encontrarse incurso en causal de inhabilidad, para ser elegido Contralor Departamental, por haberse desempeñado como servidor publico dentro del año inmediatamente anterior, dentro de una entidad municipal.

Es decir, se puso de presente a todos los miembros de la Asamblea Departamental la -entonces posible y hoy acreditada- inhabilidad que recaía sobre uno de los candidatos que a la postre fue elegido por la mayoría de los miembros de la Asamblea, hoy vinculados a la presente investigación.

El tema que se debatió en el seno de la Asamblea, como se acredita dentro de la presente investigación, fue el de las inhabilidades, entendidas como normas eminentemente moralizadoras y restrictivas de las libertades, siendo manifiesto, que el legislador con su implantación buscó impedir que se rompiera el equilibrio entre quienes aspirasen a ser elegidos.

La Ley 330 de 1996 contiene una limitación para la elección de la dignidad en cuestión por tanto el intérprete debe entender, que al estar la conducta regulada, ésta debe aplicarse y en forma inmediata; por ello no es admisible acudir a interpretaciones de orden analógico, pues según lo dispuesto por el articulo 18 de la Ley 153 de 1887: *"Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad publica, restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato".*

Así las cosas, la interpretación de estas normas supera la superficialidad de la simple lectura, pues el servidor deberá tener en cuenta que la conducta esta prohibida normativamente **y obrar en** consecuencia con la mayor prudencia y sensatez. Y si esto es ya predicable de los ciudadanos de a pie, del común, donde se valora su actuación según parámetros de prudencia general en el actuar –manejo de los asuntos propios y de los asuntos ajenos--, en frente de los servidores públicos, la exigencia se hace mayor, habida cuenta que se manejan los intereses públicos.

Y es que, precisamente, el *ethos funcionarial* parte de la base de entender que la corrección individual del sujeto particular, ha de buscar el beneficio general y por ende todos sus actos deben encaminarse al logro del bienestar general, es decir, el de los administrados; debe entender el servidor público, que la función no es una oportunidad para lucrarse, sacar ventajas particulares, aposentarse, solazarse en él, quizá una hacienda particular para dar rienda suelta a los particulares placeres. Por ello, la simple sospecha, la duda, la mera inseguridad del servidor en frente de una decisión que le compete y que involucra intereses generales, obligan de él la asunción de una postura consecuente con la defensa de tales intereses, pues, la actuación **a sabiendas de la inseguridad**, **de la mácula puesta en evidencia, del defecto advertido, en fin, del obstáculo puesto a los ojos de todos**, en el fondo lo que significa es la antepuesta de los intereses particulares, conclusión absolutamente opuesta a una ética de lo público que como tal, debe ser gobernada por la prevalencia y defensa de los intereses generales.

Los señores Diputados al tener conocimiento sobre la vinculación laboral que tuvo el Doctor **ALBERTO RIVERA BALAGUERA** en la Contraloría Municipal de Bucaramanga, han debido obrar con la mayor responsabilidad, en palabras de T.L. Cooper[222],

> "es insuficiente que el funcionario acepte las creencias básicas de la ciudadanía; también es necesario que sepa conectar los valores asumidos con las exigencias prácticas de su profesión. Esto no es otra cosa que admitir la necesidad de la

[222] T.L. Cooper es citado por Rafael Bañón y Ernesto Carrillo en la obra "*la Nueva Administración Publica*" Editorial Alianza, Madrid, 1997, página 316.

prudencia entendida en sentido Aristotélico, es decir, como capacidad de aplicar principios generales a casos particulares…"

Así las cosas es claro que tratándose de una elección entre varias alternativas debe escogerse aquella que **no ofrezca sombra de duda**. Podríamos plantearlo de la siguiente manera: si existen tres ciudadanos dignos de ser elegidos, idóneos para el cargo, eficientes, pero enfrente de uno de ellos existe alguna posibilidad de no ser apto, no ya el ciudadano del común sino el servidor público que defiende por y ante todo el interés general, **DEBE ABSTENERSE** de considerar como elegible justamente a ese, porque, repítese, no es el ciudadano del común que maneja asuntos propios, quien se decanta por una opción; no; es el servidor público que debe actuar guiado por la defensa de los intereses generales o comunitarios. Se destaca aquí, cómo había conceptos encontrados sobre la inhabilidad que se predicaba del candidato a Contralor, circunstancia que exigía mayor prudencia en frente de la duda sobre la inhabilidad.

La conducta de los diputados se calificó a título de culpa, evidentemente por que el deber que en este caso debe observar el servidor público se viola por la negligencia en valorar y sopesar los pro y los contra de la decisión; en este sentido, debe dejarse claro que al servidor público, en quien recae un cúmulo de deberes, le es exigible un mayor grado de prudencia que al ciudadano común que sólo tiene deberes genéricos.

Es importante resaltar que a Folios 991 a 993 del cuaderno No. 5 obra la decisión de carácter inhibitorio, adoptada el 30 de marzo de 2001 por la Fiscalía Cuarta Delegada antes los jueces penales del circuito de Bucaramanga, decisión que se adopta al dar por terminado un proceso adelantado por el delito de Prevaricato al considerar que no constituía un yerro manifiesto para ser típico de ese tipo penal.

Es pertinente entonces analizar la conducta de los demás diputados que se abstuvieron de votar favorablemente ya que advirtieron la inhabilidad e incluso previnieron a los demás sobre las nefastas consecuencias, frente a la de los aquí implicados que imprudentemente firmaron la constancia solucionado el caso apelando a terceras instancias y no asumiendo el tema como un deber funcional propio del cargo, como correspondía.

En este orden de ideas, la conducta desplegada por los Honorables Diputados, antes que cumplir con la función de elegir, cuyo fin es garantizar que la persona escogida, desempeñe su labor libre de apremios y exento de cualquier vínculo funcional, dada la perspectiva en estudio, lo que generó sin lugar a equívocos, fue la de efectivamente elegir a una persona que no reunía los requisitos exigidos para ocupar el cargo de Contralor Departamental, quien una vez posesionado no pudo desarrollar su cometido, viéndose gravemente afectada la gestión fiscal institucional dentro del Departamento de Santander.

De la causal de justificación

Han argumentado los implicados que actuaron bajo la convicción errada e invencible de que con su comportamiento no realizaban ningún comportamiento reprochable desde el punto de vista disciplinario.

Los implicados aceptan haber votado a favor de un ciudadano inhábil para el ejercicio del cargo, pero justifican su comportamiento señalando que no sabían de tal situación y respaldan su afirmación en los siguientes hechos a) estar incluido ese nombre dentro de una Terna enviada

por un Tribunal, b) declaración jurada del candidato de no estar incurso en inhabilidad, c) el concepto de un profesional del derecho.

Olvidan sin embargo señalar, que de manera previa a la elección, se llevó a cabo un extenso debate, argumentado, fundado y detenido, en el que justamente el tema en cuestión fue el de la **posible inhabilidad** de uno de los candidatos; así las cosas lo que se hizo fue evidenciar que frente a uno de ellos había una sombra de **duda**; si bien es cierto no todos los miembros de la asamblea son abogados, precisamente lo que se hizo fue poner de presente una situación de duda que además conllevaría una elección viciada y ese tema fue ampliamente explicado. Es decir, tenían conocimiento no apenas potencial sino actual, de que sobre un candidato existía una posible inhabilidad pero a pesar de ello lo eligieron.

Por tanto el error como justificante desaparece ya que se había advertido y aun así obraron en sentido no sólo contrario a la ley sino que desconocieron y olvidaron la prudencia que debían observar.

El apoderado del Doctor OREJARENA argumentó, basado en diversas posiciones jurídicas, que la inhabilidad predicable del Doctor RIVERA BALAGUERA no existía; sobre ese acto su Juez natural ya se pronunció y determinó que en efecto incurría en la inhabilidad de que trata la norma, sin embargo, el punto sobre el que gira esta investigación, se repite, no es el acto, sino la conducta de quienes a pesar de la duda sobre la inhabilidad (que a la postre se confirma), **prefieren optar por una opción cuestionada** infringiendo así el deber que les es propio por evidente imprudencia en la elección.

De otro lado, en relación con la posible responsabilidad de los Magistrados que incluyeron el nombre del Doctor RIVERA BALAGUERA dentro de la terna enviada a los diputados, es claro que su conducta no exonera de responsabilidad a los implicados dentro de la presente investigación, en la medida en que a éstos les fue puesto de presente la posible inhabilidad y de otro, la conducta que investiga esta Comisión no es la de los magistrados que postularon sino la de los diputados que eligieron; en efecto, la falta que actualmente se investiga consiste precisamente en elegir a una persona inhabilitada, sin perjuicio de otras investigaciones en relación con la postulación, sobre la que no es competente esta comisión Especial.

Debe destacarse que no eran los postulantes jueces naturales del asunto en discusión, a saber la inhabilidad, por lo cual bien puede ser motejada su conducta de extralimitada, en la medida que al parecer obrando como si fueran instancia, concluyeron la inexistencia de la inhabilidad, asunto que según sus palabras trataron, cuando les bastaba la declaración jurada del candidato sin extender su competencia a asuntos no pertinentes.

En tal sentido, las palabras de los magistrados sobre tal tema, en esta ocasión, no pasa de ser opinión respetable pero sin vinculación alguna; los deberes elementales de prudencia en el actuar, obligaban una postura muy diferente a la asumida a la postre por los disputados electores.

(...)

2. POSESIÓN DE FUNCIONARIO INHABILITADO.

En este estado de la investigación se ha comprobado y se da por hecho indiscutiblemente cierto, que el Doctor ALBERTO RIVERA BALAGUERA se encontraba incurso en causal de inhabilidad para el ejercicio del cargo de Contralor Departamental.

Estando inhabilitado para el ejercicio del cargo, la Asamblea le dio posesión como Contralor Departamental el 9 de enero de 2001, (Cfr. Folio 224); esta conducta en si misma constituye falta disciplinaria con independencia de la elección, pero en el presente caso se tiene que este último hecho es consecuencia lógica de la elección y que se dan los mismos presupuestos de orden fáctico y jurídico para reprochar el comportamiento ya que la Asamblea estaba enterada de la inhabilidad que recaía sobre el elegido contralor departamental.

Así las cosas, no se trata de un concurso real y efectivo de faltas disciplinarias a pesar de que no es un acto complejo, sino de un concurso aparente de tipos disciplinarios.

18. Contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que desempeña violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalados en las normas vigentes.

19. Amenazar, ~~provocar~~ o agredir gravemente a las autoridades legítimamente constituidas en ejercicio o con relación a las funciones.

Jurisprudencia: El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE, y el texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-1076/02**.

FALTA GRAVÍSIMA - Violación al principio de tipicidad

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Principio de proporcionalidad / **FALTA GRAVÍSIMA** - Amenazas o agresiones graves contra las autoridades legítimamente constituidas

a) Cargos de la demanda.

Sostiene el demandante que exigir la calidad de grave a una agresión que se dirige contra una autoridad legítimamente constituida establece una diferenciación irrazonable y desproporcionada, “que operadores disciplinarios y servidores públicos procesados, se privilegien de un trato diferente dado por el legislador, y que quienes han sido objeto de atropellos, vean frustradas las expectativas de reacción estatal a través del derecho disciplinario, por cuanto su conducta de quedar impune, sólo generará sanciones de poca entidad”.

b) Problema jurídico.

La Corte habrá de juzgar si el precepto acusado favorece injustificadamente a los funcionarios públicos por consagrar que para que se configuren las faltas gravísimas en ellos previstas, es necesario que las conductas desplegadas por esos funcionarios tengan consecuencias graves para las víctimas.

(…)

d) Consideraciones de la Corte Constitucional.

El numeral 19 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 consagra como falta gravísima amenazar, provocar o agredir gravemente a las autoridades legítimamente constituidas en ejercicio o con relación a sus funciones.

A juicio del actor, exigir que las amenazas, la provocación o la agresión revistan el carácter de graves, constituye un tratamiento discriminatorio entre los funcionarios públicos por cuanto dejaría en la impunidad aquellos actos que no revistiesen ese carácter.

Aunque el cargo de la demanda se dirige exclusivamente contra la palabra "*graves*", considera la Corte que debe proceder a adelantar una integración normativa con los verbos "amenazar", "provocar" y "agredir", ya que el ejercicio de una adecuada interpretación constitucional no puede limitarse a tomar en consideración, de manera aislada, un adjetivo cuando la correcta comprensión del precepto depende de analizarlo conjuntamente con otros que le dan cabal sentido a la prescripción de la falta disciplinaria.

Así las cosas, en lo que concierne a la expresión *provocar,* que aparece recogida en el numeral 19 del artículo 48 de la ley disciplinaria, que deber ser considerada como grave a efectos de ser calificada en términos de falta gravísima, resulta ser contraria a la Constitución por las razones que pasan a explicarse.

En materia de principio de tipicidad disciplinaria, la Corte ha establecido algunos puntos de contacto, y algunas diferencias importantes, con el mismo principio en el ámbito penal. En cuanto a las segundas ha dicho esta Corporación lo siguiente:

> *"el principio de tipicidad no tiene en el derecho disciplinario la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso. La razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las disciplinarias. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma. En el derecho disciplinario, por el contrario, por regla general los tipos*

no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición".[223]

A pesar de estas significativas diferencias, lo cierto es que el principio de tipicidad disciplinaria comparte algunos elementos con aquel que orienta la normatividad penal:

"Así pues, mientras por el principio de legalidad se "demanda imperativamente la determinación normativa de las conductas que se consideran reprochables o ilícitas" el principio de tipicidad concreta dicha regulación, "en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sean las sanciones. De esta manera la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica"[224]*.*

En el caso concreto, la falta gravísima consistente, de manera autónoma, en la *provocación grave* a las autoridades legítimamente constituidas en el ejercicio o con relación a las funciones. Así entonces, puede observarse que su consagración no cumple con los requisitos de claridad, precisión y exactitud, pues el elemento rector de la conducta en cuanto se refiere a la *provocación*, admite diferentes significados y entendimientos, resultando igualmente dificultoso determinar la gravedad de la provocación. La descripción de la conducta entonces, es confusa e indeterminada. Al respecto, basta con traer a colación la definición que del verbo provocar recoge el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su edición 2001: "Provocar. 1. tr. Incitar, inducir a alguien a que ejecute algo. 2. tr. Irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje. 3. tr. Intentar excitar el deseo sexual en alguien. U. t. c. intr. 4. tr. Mover o incitar. Provocar a risa, a lástima. 5. tr. Hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella. La caída de la bolsa provocó cierto nerviosismo. 6. tr. coloq. Vomitar lo contenido en el estómago. U. m. c. intr. 7. tr. coloq. Col., El Salv. y Ven. Incitar el apetito, apetecer, gustar. 8. tr. p. us. Facilitar, ayudar."

Si bien es cierto que al momento de configurar un comportamiento de un funcionario público en términos de falta disciplinaria gravísima, el legislador goza de un amplio margen de maniobra, también lo es que debe respetar el contenido y alcance del principio de tipicidad, con las particularidades que el mismo presenta en esta disciplina

---

[223] Corte Constitucional, sentencia del 19 de abril de 2001.Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 2°, 7, 14 y 16 de la Ley 358 de 1997, y el artículo 2° del Decreto 696 de 1998. C-404/01. Actor: Ramiro de Jesús Gallego García. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[224] Corte Constitucional, sentencia del 22 de Septiembre de 1999. C-708/99. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 de la Ley 200 de 1995 "por la cual se adopta el Código Disciplinario Único". Actor: Jorge Luis Pabón Apicella. M.P. Álvaro Tafúr Gálvis

jurídica. En el caso concreto, el tipo descrito de manera autónoma no goza de precisión y exactitud, pues no se determinó si la *provocación grave* que constituye la falta disciplinaria gravísima, se refiere a incitación o inducción a la autoridad para que ejecute u omita el cumplimiento de un deber o si se trata tan solo de irritarla o estimularla a fin de que se enoje, aunado a lo anterior la dificultad que se presenta para establecer si dicha provocación puede ser grave o leve. La vaguedad advertida conduce a que se viole el principio de tipicidad y por ende la Constitución.

Por lo tanto, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión "provocar", que figura en el numeral 19 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

Por otra parte, en lo que atañe al carácter grave que deben revestir las amenazas o la agresión contra las autoridades legítimamente constituidas en ejercicio o con relación a sus funciones, considera la Corte que el cargo planteado por el demandante no está llamado a prosperar por las razones que pasan a explicarse.

En primer lugar, el principio de proporcional (sic), enseña que la sanción disciplinaria a imponer debe corresponder a la gravedad de la falta cometida por el funcionario público. En el caso concreto, el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, consideró que únicamente serían sancionadas con la destitución y la inhabilidad general las amenazas o las agresiones realmente muy graves cometidas contra las autoridades legítimamente constituidas en ejercicio o con relación a sus funciones. Existe, por tanto, un sano equilibrio entre el comportamiento desplegado por el sujeto disciplinable y la sanción a imponer.

En segundo lugar, de manera alguna quedarán en la impunidad aquellas amenazas o agresiones que no revistan el carácter a las que se alude en el numeral 19 del artículo 48 del nuevo Código Disciplinario Único (*faltas gravísimas*), por cuanto, en virtud del artículo 50 del mismo podrán ser calificadas como faltas graves o leves, según el caso.

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible la expresión *gravemente* que figura en el literal 19 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en esta sentencia y la inexequibilidad de la expresión *provocar* del mismo artículo.

20. Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley.

21. Autorizar o pagar gastos por fuera de los establecidos en el Artículo 346 de la Constitución Política.

22. Asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras, sin contar con las autorizaciones pertinentes.

23. Ordenar o efectuar el pago de obligaciones en exceso del saldo disponible en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC).

24. No incluir en el presupuesto las apropiaciones necesarias y suficientes, cuando exista la posibilidad, para cubrir el déficit fiscal, servir la deuda pública y atender debidamente el pago de sentencias, créditos judicialmente reconocidos, laudos arbitrales, conciliaciones y servicios públicos domiciliarios.

25. No adoptar las acciones establecidas en el estatuto orgánico del presupuesto, cuando las apropiaciones de gasto sean superiores al recaudo efectivo de los ingresos.

26. No llevar en debida forma los libros de registro de la ejecución presupuestal de ingresos y gastos, ni los de contabilidad financiera.

27. Efectuar inversión de recursos públicos en condiciones que no garanticen, necesariamente y en orden de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado.

28. No efectuar oportunamente e injustificadamente, salvo la existencia de acuerdos especiales de pago, los descuentos o no realizar puntualmente los pagos por concepto de aportes patronales o del servidor público para los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema integrado de seguridad social, o, respecto de las cesantías, no hacerlo en el plazo legal señalado y en el orden estricto en que se hubieren radicado las solicitudes. De igual forma, no presupuestar ni efectuar oportunamente el pago por concepto de aportes patronales correspondiente al 3% de las nóminas de los servidores públicos al ICBF.

29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

Jurisprudencia: Numeral declarado EXEQUIBLE, por el cargo analizado, mediante sentencia **C-094/03** de la Corte Constitucional.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Objeto / **CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS** - Elementos

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Generan falta disciplinaria aquellos cuyo objeto es el cumplimiento de funciones públicas o administrativas

FUNCIÓN PÚBLICA - Ejercicio de potestades inherentes al Estado / **FALTA DISCIPLINARIA** - Configuración en contratos de prestación de servicios

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Funciones que requieran dedicación de tiempo completo desvirtúan su índole de contrato estatal

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Independencia del contratista

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Excepciones para su celebración bajo circunstancias especiales

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Falta gravísima por afección del deber funcional del servidor público

FALTA DISCIPLINARIA GRAVÍSIMA - Principio de legalidad en celebración de contratos de prestación de servicios

1. Por medio de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, se expidió el Código Único Disciplinario, el que entró en vigencia tres meses después de su sanción. El Código está integrado por cuatro libros en los que se regulan una parte general, una parte especial, los regímenes especiales y el procedimiento disciplinario. La parte especial, a su vez, está integrada por 4 artículos: el artículo 48, que consagra las faltas gravísimas; el artículo 49, que les atribuye a esas faltas la calidad de causales de mala conducta; el artículo 50, que consagra las faltas graves y leves y, finalmente, el artículo 51, que establece el llamado de atención para los hechos que contraríen el orden administrativo interno sin afectar sustancialmente los deberes funcionales.

En ese contexto, la norma demandada es el numeral 29 del artículo 48, el que consagra una falta gravísima consistente en "*Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales*".

Para el actor, esta norma vulnera múltiples disposiciones de la Carta Política, fundamentalmente por tres razones: por desconocer el principio de legalidad; por consagrar una presunción de falta disciplinaria que opera cada vez que se suscriba un contrato de prestación de servicios y por discriminar injustificadamente a las entidades estatales, las que, a diferencia de las entidades privadas, no tendrán mayor libertad para adoptar medidas encaminadas a la prestación de servicios a su cargo, viéndose obligadas a ensanchar su planta de personal y, por esa vía, a incrementar gastos de funcionamiento y reducir gastos de inversión.

(…)

Pasa, entonces, la Corte a determinar si la falta disciplinaria consagrada en el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 vulnera o no el Texto Superior.

2. Lo primero que se advierte al examen de la norma demandada, es que la falta disciplinaria por ella consagrada se comete con ocasión de la suscripción de un contrato de prestación de servicios. Este contrato es una de las alternativas con las que cuenta la administración para la realización de los fines que le son inherentes y, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

> *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.*
>
> *En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.*

Como puede advertirse, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores.

Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción.

3. De este modo, el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que resulta claramente diferenciable del contrato de trabajo y de allí por qué el segundo inciso del numeral 3° del artículo 32 ya citado desvirtúe la generación de una relación de trabajo o el reconocimiento, con base en él, de prestaciones sociales y exija que se suscriba por el término estrictamente necesario.

Cuando se ocupó del análisis de constitucionalidad de algunos apartes del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Corte resaltó las diferencias existentes entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, diferencias que es pertinente retomar para los efectos de este pronunciamiento:

> *...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función*

de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.".

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión

alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo[225]*.*

Es claro, entonces, que el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal y que no genera prestaciones sociales por tratarse de un contrato estatal y no de una relación laboral.

4. Como se aprecia, la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

---

[225] Corte Constitucional. Sentencia C-154-97.

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas.

Este cúmulo de graves implicaciones ha llevado a esta Corporación ha indicar:

> "*La administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo. De crearse un acto semejante o de producirse su mutación en ese sentido, se ingresa en el campo de la patología de este típico contrato administrativo y en la ilegalidad de la correspondiente actuación o práctica administrativa, sin perjuicio de los derechos y garantías del trabajo que aun bajo este supuesto haya podido realizarse*"[226].

5. En este contexto se debe determinar el sentido de la falta disciplinaria consagrada en la disposición demandada pues sólo sobre el correcto entendimiento de lo que constituye el ilícito disciplinario allí previsto es posible emprender una confrontación con la Carta Política para determinar si la respeta o vulnera.

La determinación de la falta disciplinaria debe realizarse teniendo en cuenta todos los elementos que la integran y no solo unos de ellos. Ello es así en cuanto el sentido de la prohibición implícita en el tipo disciplinario se desentraña a partir de la consideración conjunta de los múltiples elementos que la conforman.

De acuerdo con la norma demandada, para la estructuración de la falta disciplinaria gravísima allí consagrada, se requieren los siguientes elementos concurrentes:

a. Que el sujeto disciplinable celebre un contrato de prestación de servicios

En este punto debe quedar claro que la sola suscripción de un contrato de prestación de servicios no agota la falta pues ninguna irregularidad puede advertirse en el proceder de quien, con estricto apego al ordenamiento jurídico, suscribe uno de aquellos contratos estatales permitidos y reglamentados por el Estado. De allí que este primer presupuesto de la falta disciplinaria remita a la suscripción de un contrato de prestación de servicios en cuanto es con ocasión de tal suscripción que el actor incurre en irregularidades susceptibles de alterar la naturaleza del contrato y de generar responsabilidad.

---

226 Corte Constitucional. Sentencia C-056-93.

b. *Que el objeto del contrato sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas.*

Debe tenerse en cuenta que los contratos de prestación de servicios, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tienen por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad. En cambio, la falta disciplinaria consagrada en el artículo 48, numeral 29, de la Ley 734 se tipifica por suscribir irregularmente contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas.

De esto se infiere que, de acuerdo con el tenor literal del tipo, la falta disciplinaria se comete en un ámbito más limitado que el inherente a los contratos de prestación de servicios pues mientras éstos giran en torno a actividades *relacionadas* con la administración o el funcionamiento de la entidad, remitiendo, por lo tanto, al amplio espectro del servicio público; los contratos que generan la falta no son los que se relacionan con tales actividades sino únicamente los que tienen por objeto el cumplimiento de funciones públicas o administrativas.

Esta distinción es muy importante en cuanto determina el alcance de la prohibición contenida en la regla de derecho demandada pues, como lo precisó la Corte en la Sentencia C-037-03, *"ha de tenerse en cuenta el caso de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público".* Esto por cuanto *"El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares",* en tanto que *"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".* De ahí que *"Solamente en el caso de que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que éste cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública".*

De este modo, el marco de configuración de la falta disciplinaria que ocupa la atención de la Corte no está determinado por todo el ámbito de los contratos de prestación de servicios sino únicamente por aquellos cuyo objeto involucre el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, es decir, ejercicio de potestad pública o autoridad estatal.

Además, estos contratos deben sujetarse a las condiciones fijadas por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional para el ejercicio de funciones administrativas por particulares pues a través de ese tipo de actos no se puede llegar a desplazar la organización permanente de la administración pública. De allí que, entre otras cosas, se deba tener en cuenta el contenido de los artículos 123 y 210 superiores, de acuerdo con los cuales "*La Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su*

ejercicio" y "*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley*". De igual manera, se deben tener en cuenta tanto la Ley 489 de 1998, cuyo capítulo XVI regula el cumplimiento de funciones públicas por particulares, como la jurisprudencia sentada por esta Corporación fundamentalmente en las Sentencias C-702-99, C-866-99 y C-037-03.

c. *Que esas funciones requieran dedicación de tiempo completo.*

Este elemento del ilícito disciplinario evidencia una de las irregularidades implícitas en el contrato de prestación de servicios con ocasión del cual se incurre en la falta. Tal irregularidad consiste en hacer girar el objeto del contrato en torno a funciones que requieran dedicación de tiempo completo, pues con tal ingrediente se desvirtúa su índole de contrato estatal para imprimirle el carácter de una relación laboral.

Ello es así por cuanto si la persona natural que ha suscrito el contrato de prestación de servicios tiene que cumplir funciones que requieren dedicación de tiempo completo, al contratista se le está exigiendo dedicación exclusiva para el cumplimiento del objeto de ese contrato. No obstante, tal exclusividad es contraria a la índole del contrato de prestación de servicios pues éste no implica un límite a la autonomía del contratista.

d. *Que esas funciones impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.*

Una de las características fundamentales del contrato de prestación de servicios es la independencia del contratista. Éste no se encuentra subordinado a la administración, ni ve tampoco limitada su voluntad con ocasión del contrato suscrito. Por ello, un contrato de prestación de servicios que gire en torno a un objeto que implique la subordinación del contratista a la administración no es en verdad un contrato de esa índole sino una relación laboral.

e. *Que no se trate de una excepción legal.*

Este presupuesto debe analizarse con detenimiento pues parecería contradictorio, al menos en principio, que la norma reproche a título de falta disciplinaria la celebración de contratos de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen la subordinación del contratista y, al mismo tiempo, prevea que no se tipifica esa falta disciplinaria cuando el legislador permita que se suscriban contratos de prestación de servicios sujetos a tales cláusulas. Por lo menos cabría cuestionarse por los eventos en los cuales el legislador, permite la suscripción anormal de ese tipo de contratos y despoja su celebración del carácter de falta disciplinaria.

En cuanto a ello hay que indicar que la norma demandada prohíbe la suscripción de contratos de prestación de servicios en las condiciones allí indicadas pero esa prohibición no opera cuando la ley excepcionalmente habilite la celebración de tales contratos aún en esas condiciones pues bien puede ocurrir que exista una justificación

para proceder de esa manera. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los docentes, directivos docentes y administrativos que se encontraban contratados por departamentos y municipios por órdenes de prestación de servicios y que por disposición de la Ley 715 de 2001 y de los Decretos 688 de 2001 y 1528 de 2002, deben ser vinculados de manera provisional a las plantas de personal docente de las entidades territoriales siempre que, entre otras cosas, su dedicación haya sido de tiempo completo.

En este caso existe una justificación razonable pues se ha alterado la índole del contrato de prestación de servicios con el propósito de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de educación y se lo ha hecho únicamente de manera transitoria hasta tanto ese servicio sea asumido permanentemente por las entidades territoriales.

En supuestos como estos, excepcionalmente autorizados por la ley, puede haber lugar a la suscripción de contratos de prestación de servicios bajo circunstancias especiales pero dado que se trata del cumplimiento de una disposición legal y no del abuso de una figura contractual en que incurre un servidor público, no puede imputarse falta disciplinaria alguna. Tales son, entonces, las excepciones a que se refiere la disposición.

6. Como puede advertirse, la falta disciplinaria gravísima consagrada por la disposición demandada no está determinada por la sola suscripción de un contrato de prestación de servicios sino por el desconocimiento de la normatividad relativa a la contratación estatal, a la función pública y al régimen laboral de los servidores públicos y por la consecuente generación de relaciones laborales irregulares, de tratamientos laborales diferenciados y de cuantiosas demandas y condenas contra el Estado.

En este orden de ideas, si la ilicitud sustancial de una falta disciplinaria está determinada por la afección del deber funcional del servidor público, es claro que en el supuesto recogido en la norma demandada ese presupuesto se satisface pues la suscripción irregular de un contrato de prestación de servicios, que genera ese cúmulo de consecuencias, plantea el incumplimiento de los deberes funcionales de los servidores estatales y el desplazamiento de la atención del interés general en el ejercicio de la función pública. Por lo tanto, elevar ese comportamiento a la calidad de falta disciplinaria es legítimo en cuanto a él le es inherente la afección del deber funcional del servidor público.

7. De este modo, si los contratos de prestación de servicios constituyen un instrumento legítimo al que puede acudir la administración para la realización de sus fines, su sola celebración no tiene por qué constituir falta disciplinaria, como lo asumen el actor y el Director del Hospital San Rafael de Girardot, pues ella sólo se tipifica cuando concurren las irregularidades recogidas en el tipo. Si esto no fuera así, esto es, si la falta estuviese constituida por la sola suscripción de un contrato de prestación de servicios, habría que inferir que un mismo comportamiento se halla, al tiempo, permitido y prohibido por la ley, conclusión que resulta contraria no solo al efectivo alcance de la norma demandada, sino también a la sistematicidad del ordenamiento jurídico.

Además no puede perderse de vista que el ámbito de aplicación de la norma demandada no está determinado por todo el espectro de contratos de prestación de servicios sino únicamente por aquellos que tienen por objeto el cumplimiento de funciones públicas o administrativas y que se suscriben en condiciones tales que se termina por desconocer su naturaleza. De allí que la preocupación del interviniente sea infundada pues los contratos suscritos con el personal médico y paramédico para la prestación del servicio de salud y no para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas no hacen parte del ámbito de prohibición del tipo. Esto sin desconocer que su suscripción irregular bien puede generar responsabilidad estatal ante una eventual demanda del contratista y también responsabilidad fiscal del servidor público que los suscriba para encubrir relaciones laborales. De allí que nada se oponga a que el legislador consagre un régimen especial para que las instituciones públicas de salud suscriban contratos de prestación de servicios bajo condiciones especiales, pero, desde luego, sin llegar a desnaturalizarlos.

8. En todo caso, no debe perderse de vista que la finalidad de la norma es evitar la suscripción indiscriminada de contratos de prestación de servicios con el objeto en ella indicado y hacerlo desconociendo su índole de contrato estatal para encubrir relaciones laborales que, ignorando los procedimientos legítimos de acceso a la función pública, generan nóminas paralelas y lesionan los derechos de trabajadores.

En ese sentido, bien puede ocurrir que la administración celebre un contrato con un contratista que se obligue a prestar servicios como los de aseo, cafetería o vigilancia, caso en el cual las obligaciones laborales recaerán sobre el contratista en relación con los trabajadores que él utilice y no sobre la administración, contando ésta incluso con la seguridad que le brinda la garantía única que ampara a los contratos estatales. O puede acaecer que tales contratos se suscriban para la prestación de servicios profesionales externos, generalmente por parte de profesionales altamente especializados con los que se celebran contratos *intuito personae*, eventos en los cuales se mantienen la independencia y autonomía que caracterizan a los contratos de prestación de servicios. Nada se opone a que se suscriban tales contratos pero debe hacérselo sin que concurran los presupuestos planteados en la norma demandada y, además, deben cumplirse las exigencias impuestas por el Estatuto de Contratación Administrativa, esto es, que no existan en la planta personas con esa capacidad específica o que, existiendo tales personas, su número sea insuficiente para atender la demanda generada.

En supuestos como los indicados no concurren argumentos para afirmar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos que celebran tales contratos pues ni se trata de servicios que involucran dedicación de tiempo completo ni se subordina al contratista. Pero si la administración celebra contratos de prestación de servicios y lo hace directamente con las personas que van a prestar el servicio o suscribe contratos para la prestación de servicios profesionales especializados y en todos esos casos exige dedicación de tiempo completo y subordina a los contratistas, o si suscribe contratos de prestación de servicios para atender asuntos administrativos y

lo hace por más del tiempo necesario para ampliar la planta de personal, es evidente que ese contrato se desnaturaliza y se generan irregularmente relaciones laborales que resultan traumáticas para la administración. Son supuestos de esta índole los que se acomodan al tipo disciplinario consagrado por la norma demandada.

9. Ante tal panorama, los argumentos en los que el actor apoya la demanda que instaura son insuficientes para la declaratoria de inexequibilidad que pretende.

Por una parte, no es cierto que la norma demandada vulnere el principio de legalidad pues ella contiene una descripción clara del comportamiento que se eleva a la categoría de falta disciplinaria gravísima. Ella consiste en suscribir contratos de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, en forma permanente y bajo condiciones de subordinación y dependencia pues estas circunstancias son ajenas a su naturaleza de contrato estatal. De la sola lectura de la disposición se infiere que ése y no otro es el alcance de la prohibición que involucra y ante ello no puede afirmarse que exista incertidumbre en cuanto al tipo disciplinario consagrado.

De otro lado, tampoco es cierto que la disposición consagre una presunción de falta disciplinaria que opera cada vez que se suscriba un contrato de prestación de servicios. Esa percepción es fruto de la recepción parcial del tipo consagrado y no de su análisis integral pues, como se lo expuso, la falta no se comete por el solo hecho de suscribir uno de tales contratos pues tal es un proceder lícito al que el Estado puede acudir para el cumplimiento de sus fines constitucionales. Por el contrario, se consuma la falta cuando, bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios y en el ámbito de contratación indicado en el tipo, se genera una relación laboral pues ese es el proceder que resulta contrario a las exigencias constitucionales y legales referidas a la contratación estatal, al régimen laboral y al régimen presupuestal de las entidades públicas.

Finalmente, tampoco es cierto que la norma demandada genere un tratamiento diferenciado injustificado de las entidades públicas por el hecho de no permitirles a aquellas suscribir contratos de prestación de servicios en una área como la de salud, cuando los particulares sí pueden hacerlo. Ello es así porque en todos aquellos eventos en que bajo la forma de cualquier acto jurídico se encubra una relación laboral, habrá lugar a que ésta sea declarada y a que se produzcan los efectos salariales y prestacionales dispuestos por la ley. Es decir, el contrato de trabajo como contrato realidad produce efectos indistintamente de que los servicios se hayan prestado a entidades públicas o a particulares y por lo tanto no es cierta la ventaja en que supuestamente se hallan éstos para la prestación de servicios de esa índole.

10. Los argumentos expuestos en precedencia son suficientes para concluir que la disposición demandada no vulnera el principio del Estado social de derecho, ni los fines esenciales del Estado, ni el principio de legalidad, ni el derecho de igualdad, ni el debido proceso, ni los fundamentos constitucionales de la función pública, ni tampoco los principios de la actuación administrativa. Por el contrario, se trata de una norma que

tipifica como falta disciplinaria un comportamiento dotado de ilicitud sustancial y que por lo tanto resulta compatible con los fundamentos constitucionales de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos. Por ello la Corte declarará su exequibilidad.

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incursa en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-01835 (021-058513/2001)**

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Violación de mecanismos de selección comporta su trasgresión

FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO - Concepto

CONTRATACIÓN ESTATAL - La elección del procedimiento no es discrecional del servidor público

1.- El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993, al regular el principio de transparencia, establece unos mecanismos para la selección de los contratistas de las entidades estatales. De acuerdo con el art. 24 numeral 1 y de ese ordenamiento, por regla general el procedimiento aplicable para tales fines es el de la escogencia pública mediante la licitación o el concurso de meritos, mientras que el instrumento excepcional es el de la contratación directa. Uno de los varios eventos previstos por esa misma norma en los cuales se puede seleccionar el contratista directamente es el de la menor cuantía, el cual opera siempre que se den las condiciones relativas al tamaño presupuestal de la entidad estatal y del valor del contrato determinadas por tal disposición.

La violación de tales mecanismos de selección mediante la aplicación de la contratación directa cuando ha debido acudirse a la licitación o concurso público de meritos, comporta necesariamente la transgresión del principio de transparencia, cuya tutela se lleva a cabo a través de aquellos.

El procedimiento de licitación pública, y la violación consecuente del principio de transparencia, se presenta cuando quiera que la entidad estatal celebra dos o más contratos que teniendo un mismo objeto suman un valor al cual se asigna por la ley la obligación de escoger el contratista previo el adelantamiento de dicho trámite. Esa circunstancia configura lo que se ha denominado el fraccionamiento del contrato, el cual se hallaba expresamente prohibido por el estatuto contractual anterior contenido en el Decreto Ley 222 de 1983 (art. 56) y que aunque no se encuentra regulado de la misma forma en el estatuto actual, también se prohíbe por las razones antes indicadas, en cuanto, como se observó, comporta una violación del principio de transparencia, pues como ha apuntado la doctrina:

> *En la ley actual la prohibición deriva de los principios que impregnan todo el ordenamiento. Se prohíbe el fraccionamiento porque éste constituye una burla a los sistemas selectivos ordenados por el legislador. Al fraccionar un contrato se está evadiendo el requisito licitatorio mediante una argucia que permite la contratación directa (...) Creemos, junto con el parecer mayoritario de nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina, que hay fraccionamiento cuando de manera artificiosa se deshace la unidad natural del objeto contractual, con el propósito de contratar directamente aquello que en principio debió ser licitado o públicamente concursado. (Andrés Mutis Vanegas y Andrés Quintero Múnera,* La contratación estatal: análisis y perspectivas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2000, pág. 176)*

(...)

Como resultado de tales procedimientos de selección se celebraron sendos contratos de obra pública que tienen un objeto muy semejante en cuanto el mismo y sólo se diferencia por el hecho de corresponder a dos etapas distintas. Es así como el objeto pactado en el primero de ellos (No. 2557-01) corresponde a las obras de "ESTABILIZACIÓN DE TALUDES BARRIO LA CEIBA SECTOR CALLE 64 CON CARRERA 17ª - PRIMERA ETAPA", mientras que en el segundo se trata de la "ESTABILIZACIÓN DE TALUDES BARRIO LA CEIBA SECTOR CALLE 64 CON CARRERA 17ª - SEGUNDA ETAPA". Esos contratos de objeto tan semejante se celebraron por el mismo valor, con el mismo contratista – que lo fue la Sociedad P y P Ltda. – y por el mismo plazo de ejecución. Por último, tal actuación contractual se llevó a cabo simultáneamente, como que las decisiones administrativas correspondientes se tomaron en las mismas fechas en uno y otro caso.

La suma de los precios pactados en los dos contratos de obras mencionados, esto es, $87.514.206.oo, superó la menor cuantía establecida para la CDMB, la cual correspondía a $50.958.500.oo.

(...)

4.- Vistos los anteriores elementos de orden jurídico y fáctico, la Sala considera que en los proceso de contratación adelantados por la CDMB objeto del reproche formulado en este proceso disciplinario, se llevó a cabo la escogencia de los contratistas mediante contratación directa cuando ha debido adelantarse un proceso de licitación pública. Para la Sala es indiscutible que objetivamente por la descripción hecha en el segundo punto de estas consideraciones, se trata de un mismo objeto contractual, salvo una variación formal e intrascendente respecto del mismo, según la cual uno y otro de los objetos pactados en cada compromiso corresponden a la primera y la segunda etapa de la obra. Las circunstancias descritas configuran sin lugar a dudas, un fraccionamiento del objeto contractual, que se ve ratificado por otros aspectos que aparecen acreditados como son los relativos al periodo de ejecución de las obras y el contratista seleccionado, así como la simultaneidad de los procedimientos de selección adelantados.

5.- Ahora bien, las pruebas antes reseñadas y los argumentos del apelante se dirigen a establecer que era necesario y conveniente por razones de seguridad de las viviendas adyacentes al talud sobre el que se adelantarían las obras, darle agilidad a los procesos de contratación de las mismas y ejecutar simultáneamente actividades de intervención del talud en distintas áreas.

(...)

Respecto del argumento anterior, la Sala debe señalar que si la situación configuraba los supuestos de la urgencia manifiesta regulados por el art. 42 del Estatuto contractual, la CDMB debió acudir al uso de esa figura. Pero si al optar por un camino jurídico distinto, la entidad decidió no utilizar esa herramienta autorizada por la ley, no puede validamente ahora el disciplinado alegar que se hallaba amparado por las circunstancias correspondientes y que eso lo autorizaba proceder de la manera como lo hizo. En otras palabras, si se presentan los elementos de hecho tipificados por la ley para la declaratoria de urgencia y para contratar bajo los parámetros de la misma, es procedente su utilización y ella estaría así justificada; pero no es válido traer a cuento esas circunstancias para utilizar una figura diferente como la contratación directa de menor cuantía, porque ésta tiene por su parte otros requisitos y marco legal. No se puede confundir una cosa con otra, dado que cada institución contractual tiene su propia regulación legal. Es así como la utilización de esta última forma de selección del contratista, al amparo de circunstancias propias de otra figura como la urgencia manifiesta, no cabe jurídicamente ni permite justificar la actuación de servidor público.

De otra parte, la Sala considera que los argumentos y aclaraciones expuestas en la apelación no hacen sino confirmar la violación de los procedimientos de selección establecidos por la Ley 80 de 1993 para escoger el contratista en el caso objeto de cuestionamiento. En efecto, se expresa que se optó por contratar directamente con el fin de garantizar un procedimiento más ágil y que de haber acudido a la licitación pública el trámite se hubiera demorado un poco más, retardando a su vez la ejecución de las obras correspondientes. Si bien esta hipótesis en cuanto al tiempo de duración de una y otra forma de selección puede tener objetivamente validez, ello no significa

que el interés de contratar rápidamente amerite jurídicamente eludir el procedimiento de licitación pública, porque la decisión general consistente en determinar previamente cual es el procedimiento aplicable a los diferentes eventos ya ha sido tomada por el legislador y no le corresponde discrecionalmente al servidor público optar por uno u otro procedimiento. Reitera la Sala que al no presentarse las cuantías señaladas por la Ley o los otros eventos de contratación directa, no podía la Corporación mencionada bajo la dirección del disciplinado, decidir contratar directamente, sino que debía ajustarse al procedimiento legalmente adecuado, el cual era la licitación pública, teniendo en cuenta que se trataba de un objeto cuyo valor exigía ese trámite.

Doctrina: Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Fallo de primera instancia. Radicación Nº **021-17548**.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA / CONTRATACIÓN DIRECTA - Contrato de prestación de servicios profesionales

CONSIDERACIONES:

1. El literal d) del artículo 24 de la ley 80 de 1993 que (sic) como uno de los eventos de contratación directa, al contrato de prestación de servicios profesionales; por su parte en el numeral 3 del artículo 32 de la misma obra define de manera general el objeto del contrato de prestación de servicios, y establece que pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

De las normas en cita se desprende que existen dos clases de contratos de prestación de servicios: los profesionales y los no profesionales.

Los contratos de prestación de servicios profesionales a diferencia de los que no lo son, imponen una exigencia adicional, la acreditación de un título profesional, circunstancia que los cualifica dentro de tal enunciación, pues se celebran en razón y consideración de la persona que posee una calidad profesional debidamente acreditada.

En Colombia la acreditación de las profesiones se realiza a través de un acto solemne cual es el título expedido por las entidades que según el área de que se trate, están legalmente facultadas para ello. No existe otra forma de acreditarlo.

En el contrato de prestación de servicios profesionales, constituye requisito esencial la acreditación del título profesional atinente a cumplimiento de la prestación a desarrollar para la administración.

En el caso que nos ocupa, la administración necesitaba para el desarrollo de la asesoría contratada un profesional en el área de la economía, pues así lo manifestó el alcalde del municipio de Villavicencio en su versión libre y así lo entendió el contratista según lo narrado en su declaración.

Siendo la acreditación de tal título profesional un requisito esencial del negocio jurídico denominado “contrato de prestación de servicios profesionales”, la administración debió exigirlo y el contratista aportarlo, pues era la calidad de profesional en esa área la que lo viabilizaba toda vez que las necesidades del municipio así lo imponían.

Esta conducta viola el principio de transparencia que debe regir el proceso contractual estatal.

El principio de transparencia previsto en la ley 80 de 1993 contentivo de la regla de selección objetiva, implica la realización de un proceso de selección que conlleve a la escogencia de la propuesta mas favorable para la entidad. El estatuto contractual y sus Decretos Reglamentarios han previsto una serie de procedimientos tendientes al logro de este objetivo; por regla general los lineamientos establecidos para la licitación o concurso públicos, y por excepción a los procedimientos reguladores de la contratación directa.

Esta dualidad de mecanismos o procesos de contratación, constituyen la garantía del principio de transparencia, reglado y formal para la licitación pública, y más ágil pero igualmente reglado para la contratación directa, pero de carácter obligatorio cuando se está dentro de las hipótesis previstas legalmente viables para cada uno de ellos.

Acorde con el principio de legalidad, la competencia de los funcionarios públicos se circunscribe a las preceptivas establecidas en la normatividad legal vigente, por tanto, los parámetros de determinación del mecanismo de selección para la escogencia de los contratistas del Estado, deben acatarse en su integridad, teniendo en cuenta que por regla general opera la licitación pública y, como excepción la selección directa.

Las reglas establecidas para tales procedimientos tienen como objetivo primordial el que el proceso culmine con la escogencia de la propuesta más favorable para los fines de la entidad estatal, en términos del artículo 29 de tal estatuto.

Entiende este Despacho que uno de los parámetros para la escogencia del contratista de prestación de servicios profesionales, lo es la calidad profesional del asesor, toda vez que es precisamente esta condición la que le da viabilidad al negocio, en ausencia de la cual mal puede escogerse como propuesta mas favorable aquella donde el contratista no cumple con el requisito primordial en este tipo de negocios.

Estando acreditado dentro del proceso la ausencia de la calidad de profesional de la economía en el contratista, la condición de necesaria para el desarrollo del objeto contractual y la suscripción de tal contrato con persona que no acredita la condición

profesional, se configura en forma objetiva la falta disciplinaria, en los términos normativos indicados en el auto de cargos.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Fallo de única instancia del 7 de noviembre de 2001. Radicación Nº **001-25908-98**.

> **CONTRATACIÓN DIRECTA** - Avalúo de inmuebles para su venta o adquisición / **PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA** - Escogencia objetiva del contratista

En relación con los avalúos: El centro de la discusión y por lo que fueron residenciados en juicio disciplinario los inculpados, tiene que ver con el hecho de que ninguno de los disciplinados solicitó el avalúo de los inmuebles referidos pero tampoco hizo cumplir tal requisito con el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, ni con una persona natural o jurídica de carácter privado debidamente registrada por la Lonja de Propiedad Raíz, como lo ordena el artículo 15 del Decreto 855 de 1994. (Fallo Única Instancia).

El Decreto 855 determina en forma especial cuándo la entidad estatal está obligada a solicitar ese avalúo, “para efectos de la venta o adquisición de inmuebles”.

De otra manera, el Decreto 855 de 1994 contiene dos partes claramente diferenciables:

La descripción de la obligación de solicitar avalúo de los bienes inmuebles que las entidades estatales vayan a vender o de los que vayan a adquirir y,

El procedimiento, el cual determina que previa solicitud de la entidad lo hará el Instituto Agustín Codazzi o una persona natural o jurídica, ante la inoportunidad o imposibilidad de hacerlo el ente público.

La violación de la norma precitada incidió fundamentalmente en el desconocimiento del artículo 24 numeral 8° de la Ley 80 de 1993 que dice: “Del Principio de Transparencia. En virtud de este principio: …8°. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.

Ello implica que: El artículo 15 del decreto 855 de 1994 es de forzosa aplicación en relación con el contrato objeto de compraventa, el cual indica que frente a la venta o adquisición de inmuebles la entidad estatal debe solicitar el avalúo, y comoquiera que se prescindió de los servicios del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, sólo quedaba la alternativa de acudir a una persona natural o jurídica de derecho privado por parte del ente estatal interesado en la negociación. (Auto de cargos págs. 27 y 28 Junio 1°/01).

En el caso materia de controversia, como se advirtió, no se hizo ninguna solicitud a persona natural o jurídica de derecho privado, ni de la administración pública, permitiéndose que el avalúo de las edificaciones fuera presentado “motu propio” por los promitentes vendedores, hecho que impidió conocer en forma imparcial el precio comercial de los inmuebles para sentar la base de la negociación en forma previa al perfeccionamiento de la compraventa y de esta manera garantizar la escogencia del ofrecimiento mas favorable para la entidad, pues no puede negarse que en la práctica comercial los vendedores de inmuebles tienen un mayor interés económico, entendido éste como el propósito de alcanzar un mayor precio.

En este orden de ideas, el principio de transparencia que desarrolla el artículo 24 de la ley 80 de 1993, está concebido como una garantía, de tal manera que la contratación se consolide como un eficaz instrumento para el cumplimiento de los fines estatales; en virtud de la aplicación de este principio se garantiza la imparcialidad y por consiguiente la escogencia objetiva del contratista aún en los casos de contratación directa o urgente, el cual debe presidir la actuación de la administración pública, con lo que se busca cerrar la puerta a cualquier arbitrariedad de la decisión administrativa de la selección”.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-00646 (154-041355/00)**

DELEGACIÓN EN MATERIA DE CONTRATOS ESTATALES - Responsabilidad

3.- Teniendo en cuenta lo anterior, en consideración de la Sala, no es jurídicamente válida la actuación desarrollada por la Administración de Neiva, consistente en posponer sucesivamente el plazo de la adjudicación, acudiendo a diferentes razones en cada prórroga, para finalmente declarar desierta la licitación por fuera del término inicialmente señalado.

Ahora bien, dos argumentos expone el apelante para explicar su actuación: uno relativo a la delegación de las funciones atinentes a la dirección y administración de la licitación pública y, otro, relacionado con la circunstancia que habría hecho jurídicamente necesario el aplazamiento de la decisión final de ese procedimiento. Los dos se revisarán a continuación por la Sala Disciplinaria.

4.- Si bien es cierto que la elección popular de alcaldes municipales permite que a tales cargos accedan personas de diferentes procedencias profesionales, por lo cual no todas tienen formación técnico-jurídica, ello no significa que tales servidores no deban conocer seriamente de los temas que se ponen a sus consideración y al tomar las decisiones que les corresponden deben asumir la responsabilidad consecuente. Es así

como las normas reguladoras del ejercicio de las funciones en materia contractual no distinguen el tipo de formación de los agentes públicos, para efectos de la responsabilidad que se deriva de su indebido desempeño, cuando quiera que con su actuación vulneran las previsiones sustanciales o adjetivas pertinentes. Precisamente el art. 26 de la Ley 80 de 1993 establece en su numeral 5º:

> La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

Por su parte, en desarrollo del art. 211 de la Constitución Política y de los principios establecidos por los arts. 1 y 209 del mismo ordenamiento superior, el art. 12 del Estatuto Contractual autoriza a los jefes y representantes legales de las entidades estatales para delegar, total o parcialmente, la competencia para celebrar contratos y, adicionalmente, desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

La delegación es una figura que se encuentra actualmente regulada por el citado art. 211 de la Carta y por la Ley 489 de 1998, en sus arts. 9 a 14. Como lo ha estudiado la doctrina, constituye un mecanismo técnico que tiene por fin garantizar una mejor organización y dinámica de la administración, mediante la descongestión de funciones de los despachos públicos. Así mismo, se indica que este instrumento de gestión administrativa consiste en el traslado temporal del ejercicio de una función por parte del superior jerárquico al inferior; razón por la cual su titularidad permanece en el superior delegante. Es así como solamente se reasigna el ejercicio de la atribución en forma no definitiva y mediante una decisión jerárquica; de ahí que posteriormente pueda llevarse a cabo el proceso inverso de avocación de la competencia delegada.

Igualmente se afirma cómo de la delegación se deriva cierto nivel de autonomía a favor del delegatario o delegado, para decidir sobre la ejecución de la función, por virtud de lo cual, como lo establece el art. 211 referido, opera un traslado de la responsabilidad propia de esa gestión hacia quien viene a realizarla (véase Augusto Ramón Chávez Marín, *La delegación de firma en el Derecho Público colombiano*, en *Boletín de Derecho Público*, No. 2, junio de 2002, Revista de la Procuraduría General de la Nación).

Pero siendo así lo anterior, también es cierto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que la delegación no exime en forma absoluta de responsabilidad al delegante, sobre quien eventualmente puede recaer bajo determinadas circunstancias. En efecto, en la sentencia C-372 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en la cual se hace un amplio examen de esta figura, la Corte precisó que en cuanto la Constitución Política atribuye responsabilidad por el ejercicio del cargo, bien por omisión o extralimitación de funciones (art. 6º), cada participante en la

delegación responde por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás.

Pero el esquema anterior no significa, tal como lo señala el juez constitucional, que al no responder el delegante por las decisiones del delegatario, conforme al art. 211 de la Carta, aquel no deba ser el responsable por lo que, como titular de la competencia delegada, le corresponde en relación con la delegación, porque esta figura no constituye un medio por el cual el titular de la función se desprenda por completo de la materia delegada.

En punto a lo anterior, acudiendo a la regulación constitucional y legal de la figura, la Corte recuerda que al delegante se le atribuyen una serie de facultades en su condición de titular del empleo, las cuales debe ejercer en relación con la delegación producida y en el marco de su vínculo con el delegatario. Esas atribuciones tienen que ver con medidas de instrucción, el señalamiento de políticas y orientaciones generales en aplicación del principio de unidad de la administración, la revisión y seguimiento de las decisiones del delegatario y la revocación del acto de delegación. Igualmente, indica la Corte Constitucional, al delegante corresponden deberes de dirección, orientación, seguimiento y control del ejercicio de la delegación.

Como la doctrina lo ha expuesto al hacer el análisis del fallo que se comenta, la Corte "al hacer las precisiones anteriores está significando que el indebido ejercicio o la omisión en el desarrollo de estas atribuciones del delegante, puede generar responsabilidad a su cargo" (Augusto Ramón Chávez Marín, *La responsabilidad en la delegación administrativa*, en Derecho Administrativo, Año 1 No. 1, Abril de 2003, Revista de la Asociación de Especialistas en Derecho Administrativo).

5.- Observa la Sala que el disciplinado, en ejercicio de sus funciones como Alcalde de Neiva, delegó en el Asesor de ese Despacho, Arquitecto LUDER ALBAN ORDOÑEZ MUÑOZ, mediante el Decreto No. 000405 del 9 de noviembre de 1999 (art. 2º) "la competencia para dirigir la coordinación y ejecución de los trámites necesarios inherentes a la realización de las licitaciones y concursos para la celebración de contratos estatales que requiera el Municipio de Neiva, con estricta observación de los principios y deberes previstos en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios." (Folio 381, C.O. 1).

Pero también se encuentra, tal como atrás se reseñó, que el 17 de enero de 2000 el Alcalde Municipal, aquí disciplinado, dictó la Resolución 00007 mediante la cual decidió prorrogar por cinco días el plazo de adjudicación, con el propósito de dar respuesta a las observaciones formuladas por los proponentes a los estudios de avaluación. Posteriormente se produjeron una serie de prórrogas indebidas del plazo mencionado, en cuyas decisiones participaron el delegatario mencionado, el Secretario de Infraestructura y Desarrollo Vial y el Secretario General de la Alcaldía.

Lo anterior significa, a la luz de las precisiones legales, jurisprudenciales y doctrinales realizadas en el subpunto precedente, en primer lugar, que la delegación referida se

produjo en un funcionario con formación de arquitecto, quien como el delegante, no tenía la formación jurídica necesaria para adelantar autónomamente las funciones delegadas sino que requería de apoyo en el área jurídica. Precisamente por ello el delegante debió tener el máximo cuidado en el control de la función delegada y no desprenderse, como lo hizo, indiferentemente del ejercicio de la competencia.

En segundo lugar, observa la Sala que el disciplinado no sólo decretó la apertura del proceso de licitación, sino que intervino inicialmente en la prórroga del plazo mencionado. Esta circunstancia le permite a la Sala señalar que si la delegación de la función atinente a la prorroga del plazo de adjudicación se produjo el 9 de noviembre de 1999 y el Alcalde Municipal prorrogó ese término, es procedente entender que mediante este último acto reasumió o avocó la competencia delegada y también la responsabilidad consiguiente en forma plena, para lo cual se encuentra facultado por las normas de la Ley 489 de 1998 reguladoras de la delegación administrativa, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina nacional.

O bien es viable entender que al producir la prórroga referida, el disciplinado entendió que la función no había sido delegada y en este sentido, como lo indica la primera instancia, el Alcalde asumió directamente como representante legal del ente territorial, en la forma establecida por el Estatuto Contractual, la dirección de la actividad contractual.

Bajo cualquiera de los dos entendimientos anteriores, no existe duda para la Sala que frente al servidor JORGE LORENZO ESCANDON debe predicarse responsabilidad disciplinaria, porque a él correspondía la dirección de la actividad contractual, específicamente de la licitación publica 06 de 1999. Por tal razón se predican de ese sujeto procesal las consecuencias de su comportamiento descuidado.

32. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.

33. Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.

34. No exigir, el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

35. Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo.

36. No instaurarse en forma oportuna por parte del Representante Legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas

cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el Estado.

37. Proferir actos administrativos, por fuera del cumplimiento del deber, con violación de las disposiciones constitucionales o legales referentes a la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de los recursos naturales y del medio ambiente, originando un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de los ecosistemas naturales o el medio ambiente.

38. Omitir o retardar injustificadamente el ejercicio de las funciones propias de su cargo, permitiendo que se origine un riesgo grave o un deterioro de la salud humana, el medio ambiente o los recursos naturales.

39. Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Radicación Nº **162-59611.**

INTERVENCIÓN EN POLÍTICA - Utilización del poder para favorecer electoralmente a un grupo determinado

PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA - Propósito estatal de neutralidad en la toma de decisiones y en la aplicación de las mismas

FUNCIONARIO PÚBLICO - Quebrantamiento del deber de imparcialidad

FUNCIONARIO PÚBLICO - Deber de imparcialidad debe observarse desde el momento en que se ostenta tal calidad

FUNCIONARIO PÚBLICO - No le es permitido como Gobernador o Alcalde efectuar manifestaciones de respaldo político

LENGUAJE SIMBÓLICO - No es verbalizado pero sí verbalizable

2. De la Intervención en Política

Sin que sea necesario remontarse a épocas remotas, puede sentarse como categórico el carácter de *ser político* que enaltece al ciudadano de hoy, el cual al lado de sus pares, ha construido la democracia constitucional que es propia de las sociedades en vigor. La naturaleza social de la persona, ha propiciado la construcción de consensos de diversa especie; su racionalidad e inteligencia han sido el cimiento de las más

diversas ideologías, corrientes y partidos, las cuales autoafirman su naturaleza humana, permiten su crecimiento y aseguran su convivencia en tanto y en cuanto crezcan al amparo de la tolerancia.

La construcción de los Estados modernos responde a diversas estructuras; con todo, puede verse una constante en la existencia de órganos de diversa especie, como los de gobierno o de control, los cuales han de trabajar siempre en pro del **interés general**; de allí que su actuación debe estar incontaminada de apetitos o aspiraciones parciales que pudieran demacrar tal fin, pues, de no, lo que se pone en peligro es la existencia misma del Estado organizado que hoy se tiene, pues, ya el uso del poder sería más un ejercicio de logias o clanes, antes que la defensa del interés de todos.

En la hora actual, no se discute el papel protagónico que el ejercicio de la política organizada como oficio, cumple. Los partidos como expresión de la racionalidad política, tienen como fin primero convertir sus parciales ideologías y principios en hechos concretos de gobierno, para lo cual la primera meta es alcanzar la meta del poder por vías legítimas; así entonces, es dable decir que el gobierno se desenvuelve en el contexto de las ideologías pero su misión trascendente es convertirlas en acciones en beneficio general.

En el marco descrito, el proceso político se da por la controversia ideológica y partidista, mediante la cual grupos organizados luchan por el poder con el propósito de disponer de los instrumentos legales para convertir sus políticas en actos jurídicos, sin embargo una vez en el gobierno, la Constitución Política **limita** el ejercicio de la actividad política, al consagrar la prohibición, de la práctica partidista o electoral a favor de un grupo o ideología.

Es dable decir entonces que el mandatario por el hecho de serlo no renuncia a su origen político, como tampoco lo hace de su ideología o del grupo por el que fue elegido, pero ello no significa que puede colocar el ejercicio de la misión constitucional de GOBERNAR al servicio de su partido, de sus seguidores, su comarca o sus amigos.

Nada de ello quiso ser impedido por la Constitución Política, pues ella reconoce, la forzosa relación entre el gobierno y las ideologías políticas como parte del proceso necesario para permitir la buena marcha del gobierno, pero la Constitución sí impone una claridad, a saber, que **no es admisible la utilización del poder para favorecer electoralmente a un grupo determinado o para incidir en el desarrollo de debates políticos** relacionados con el funcionamiento, organización interna y resultados electorales.

Se pretende marginar a ciertos empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral y de control, de toda actividad que pudiese incidir en el debate democrático que debe ser libre y ajeno de cualquier presión oficial. Por ello se ha dicho que *"esta prohibición se interpreta como instrumento para garantizar el equilibrio de las fuerzas que concurren a la contienda*

política y evitar que la burocracia estatal altere las condiciones de igualdad material que deben rodear todo debate electoral. La imparcialidad estatal constituye un dispositivo más, si no uno de los más importantes, para que la democracia se realice efectivamente"[227].

Surge así la prohibición de intervención en política consagrada constitucionalmente, restricción a la que están sometidos los servidores a que se refiere el artículo 127 de la Carta, quienes por su actividad deben abstenerse de ejecutar actos que puedan tener implicaciones electorales y vulnerar así la imparcialidad propia del gobierno.

La Corte Constitucional ha destacado que la estructura y funcionamiento de la administración pública están determinadas por la idea del interés general; así entonces la prohibición de participación en política deriva del propósito estatal de neutralidad en la toma de decisiones y en la aplicación de las mismas, como condición indispensable para la protección de éste.[228]

La Constitución reconoce el derecho que asiste a toda persona de participar en actividades de índole política, pero, no ha plasmado derechos absolutos y, por tanto, a nadie le es posible alegar en su favor uno de ellos para sacrificar el bien de todos. Así el ejercicio del derecho de participación política, no constituye un argumento para usar de manera indebida o con parcialidad el cargo o elementos destinados al servicio público.

La Carta distingue entre el derecho individual que permite al servidor público tomar parte en actividades y controversias políticas de la actividad que como servidor público desarrolla; la cual debe estar exclusivamente encaminada al cumplimiento de las funciones propias del cargo; cualquier acción u omisión que de lugar al favorecimiento de un candidato o grupo político, implica el rompimiento del deber de imparcialidad exigible a todo servidor público y, en consecuencia, ello podría ser constitutivo de una indebida participación en política.

En desarrollo de las normas que prohíben la intervención en política de ciertos empleados, la Ley 200 de 1995 considera tal comportamiento como falta gravísima.

(...)

5. De la Reunión llevada a cabo en el centro comunitario Don Bosco el 23 de abril de 2000 con la presencia del Ministro del Interior

El pliego de cargos formulado a Bernardo Hoyos Montoya cuestiona la realización de un evento público el 23 de abril de 2000 al cual acudió el Ministro del Interior y que tuvo lugar en el centro comunitario Don Bosco de la ciudad de Barranquilla. Dicho

---

[227] **OSUNA PATIÑO, Néstor Iván**. *Concepto sobre la intervención en política por parte de los servidores públicos y uso indebido del empleo para fines políticos.* Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1.998, p. 49

[228] Corte Constitucional. Sentencia T 438/92, C 454/93

cuestionamiento radica en que a pesar de tratarse de un acto auspiciado por la Alcaldía, que tendría lugar en el espacio dedicado a la comunidad para presentar informes acerca de las actividades de la Administración Distrital, **no sólo se hizo presente el candidato Hoenigsberg** sino que adicionalmente éste fue protagonista, al ubicarse en la misma tarima en que se encontraban tanto el Alcalde como el Ministro del Interior. En la aludida reunión se repartió propaganda electoral, se entregaron camisetas alusivas al referéndum pero también a la candidatura del señor Hoenigsberg y entre otras personas ésta camiseta era vestida por la hija del Ministro del Interior.

Efectivamente existen publicaciones de prensa (Cfr. Folio 5, 30 y ss C.1), que dan cuenta de la visita efectuada por el Ministro del interior a Barranquilla para explicar el contenido del referéndum en las que aparece una fotografía en la que se encuentra el Ministro en compañía del candidato Guillermo Hoenisberg y el Alcalde de Barranquilla.

Sobre este asunto al ser interrogado el periodista del Heraldo Rafael Antonio Sarmiento Coley (Cfr. Folio 47 C.1), el 8 de mayo de 2000, señaló que no asistió a la reunión que se llevó a cabo en el Centro Comunitario Don Bosco y que la publicación en el diario para el que labora sobre el referido evento se basó en lo que iba relatando el periodista de radio. El periodista del Diario La Libertad, Luis Adolfo Camacho Montaño (Cfr. Folio 51 C.1), señala que no se encontraba presente en el acto del centro Comunitario Don Bosco, se enteró de lo que allí ocurría a través de la emisora Radio libertad. Quien cubrió la trasmisión fue el periodista Roberto Rosanía; al ser interrogado sobre si Bernardo Hoyos o cualquier otro servidor de la administración apoya o promueve la candidatura del señor Hoenisberg, contestó: “Partiendo de la base que todos los funcionarios siguen las indicaciones del Padre Bernardo Hoyos es de suponer que todos los funcionarios tienen puesta la camiseta de la candidatura, por lo general todos los funcionarios se reúnen ahí en el centro comunitario Don Bosco. Con algunas declaraciones el Padre lo ha dejado entrever, pero abiertamente no lo ha hecho porque sabe que está incurriendo en participación en política”

Rosirys Isabel Padilla Rodríguez (Cfr. Folio 58 C.1), periodista del diario la Libertad de Barranquilla, al ser interrogada acerca de haber escuchado las intervenciones del Ministro del Interior y del Alcalde en el acto que tuvo lugar en el centro Don Bosco el 23 de abril señaló que sólo puso atención a lo que decía el Alcalde ya que es él la fuente que debe cubrir y sobre su intervención dijo lo siguiente: “ El Alcalde ese día no se refirió mucho al tema del referéndum, sino que mas bien habló de otros temas, sino me equivoco creo que habló del pago de salarios a los empleados y sobre la problemática de los servicios públicos del sur- occidente”. Cuando se le preguntó sobre si el Alcalde se había referido a algún candidato, señaló: “La verdad no escuche, estuve pendiente de lo que dijo el Alcalde, ese día intervinieron el Ministro, el Alcalde y no escuche de que hicieran referencia al candidato”. Afirma tener conocimiento de que cada domingo se efectúan reuniones en el centro comunitario Don Bosco, a la que acuden los miembros del Gabinete; en esas reuniones entrega un informe a la comunidad de las actividades de la semana, señala que anteriormente si asistía a esas reuniones pero como ahora se transmiten por la radio no es necesario ir.

Humberto de Jesús Caiaffa Rivas, candidato a la Alcaldía de Barranquilla. (Cfr. Folio 64 C.1), señala que: “Pude apreciar a través de televisión y a través de publicación en prensa este hecho donde el señor Ministro del Interior NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA y el Alcalde actual de Barranquilla BERNARDO HOYOS MONTOYA aparecían acompañados del candidato a la Alcaldía GUILLERMO HOENIGSBERG BORNACELLI realizando una actividad procelitista (sic) en el sitio Centro Comunitario Don Bosco utilizado para reuniones políticas del Movimiento Ciudadano...” al ser interrogado sobre si asistió a ese acto señaló que no y que tampoco fue enterado de que el mismo se llevaría a cabo. En respuesta a la pregunta sobre si el Alcalde de Barranquilla Bernardo Hoyos ha promovido la candidatura del señor Hoenigsberg señaló: “De manera amplia se conoce que es el candidato por el cual el Acalde ha expresado sus simpatías y ha aparecido con él en otras oportunidades en ese Centro con el candidato HOENIGSBERG, así como durante su postulación como candidato en compañía de otros políticos que apoyaban esa candidatura como el Doctor JORGE GERLEIN entre otros...”

En visita especial practicada en el centro comunitario Don Bosco de Barranquilla (Cfr. Folio 91 C.1), se estableció que el 23 de abril se llevó a cabo una reunión a la que asistió el Ministro del Interior y explicó el contenido del referéndum. No se recibió ningún tipo de contraprestación económica por la utilización del centro.

Guillermo Enrique Hoenisberg Bornacelly, candidato a la Alcaldía de Barranquilla (Cfr. Folio 93 C.1), afirma que desde el año 92 se ha institucionalizado el que la comunidad acuda al Centro Comunitario Don Bosco para ser informada de los procesos de la ciudad, lo que sucede todos los domingos después de la eucaristía; señala que el 23 de abril de 2000 asistió al centro comunitario con el Alcalde porque allí estaría el Ministro del Interior explicando el proyecto sobre el referéndum; manifiesta que en esa ocasión, dado que es una persona muy conocida en el Centro Comunitario, se ubicó al lado del señor Ministro y del Alcalde. Señala que en la reunión se repartieron camisetas con mensajes de apoyo al referéndum y en ellas también aparecía consignado la frase “Con Hoenigsberg más soluciones”, que éstas fueron distribuidas por el señor Hermes Lara.

El Ministro del Interior, Néstor Humberto Martínez Neira en su versión libre y espontánea (Cfr. Folio 29 C.3), señaló que su desplazamiento a la ciudad de Barranquilla obedeció a una invitación que le hiciera el Padre Bernardo Hoyos quien concurrió hasta su despacho, en el Ministerio, para invitarlo a explicar a la ciudadanía el proyecto de referéndum que había presentado el Gobierno Nacional. Afirma que se desplazó a esa ciudad en el avión asignado al Ministerio del Interior y fue recibido por el Padre Hoyos, luego se desplazaron a su residencia y allí había varias personas, posteriormente en el centro comunitario Don Bosco explicó el contenido del proyecto. Informa que en la tarima se encontraban varias personas pero que sólo intervinieron él y el Alcalde de Barranquilla, más tarde se realizó un almuerzo al que asistieron muchas personas entre ellas el candidato que apareció en la fotografía que originó toda la investigación. Afirma que a su hija, alguien le regaló una camiseta que ella se la puso, dicha camiseta tenía una inscripción a favor del referéndum y en la parte posterior otra inscripción de apoyo a un candidato. Señala que se dio cuenta de ésta situación

después del acto y afirmó no saber quien se la regaló; agrega que antes de irse la devolvió y no recuerda a quien; además que el propósito de la reunión no era el apoyo a un candidato sino la divulgación del referéndum.

6. Sobre este asunto el Despacho del señor Procurador, con fundamento en una comunicación que le enviara el entonces Ministro del Interior ordenó, de oficio, la apertura de una indagación preliminar en aras de establecer la posible existencia de falta disciplinaria que le fuera atribuible al Doctor Néstor Humberto Martínez Neira como Ministro; dicha indagación se archivo al encontrar que "...no fue como consecuencia de la acción del Ministro que el candidato se ubicó a su lado, tampoco fue producto de su obrar que la menor luciera la camiseta a que se ha hecho referencia, debido a que tal situación derivó de una acción imputable de manera exclusiva a los miembros del Movimiento Ciudadano..." (Cfr. Folio 62 C.3).

La apoderada de Bernardo Hoyos Montoya, sobre este punto señala que: "Es lo primero indicar que no puede ser hecho constitutivo de participación en política, que los funcionarios públicos, apoyen una política institucional del máximo jefe de ejecutivo nacional (...) De otro lado pretende su despacho hacer responsable disciplinariamente a mi mandante por el hecho de haber aparecido junto a el, durante la intervención del Ministro el candidato a la Alcaldía GUILLERMO HOENISBERG...

Acerca de esta situación se haya documentado y probado a través de todo el proceso disciplinario, que el señor GUILLERMO HOENIGSBERG no era la única persona que se acompañaba al Ministro y al alcalde de Barranquilla en la tarima que se había localizado para sus intervenciones y que ninguno de ellos hizo alusión alguna a las pretensiones políticas del Sr. HOENIGSBERG y que no se ha probado en el presente proceso que el padre Hoyos haya ubicado allí al Sr. HOENIGSBERG..."

No se ha cuestionado en ningún momento la conducta del señor Alcalde por apoyar el proyecto de Ley que para aquella época se presentaría por el Gobierno Nacional, relacionado con el referéndum; lo que se discute es si en ese evento o con ocasión del mismo, el entonces Alcalde HOYOS MONTOYA quebrantó el deber de imparcialidad que le era exigible como funcionario público y máxima autoridad civil de la ciudad de Barranquilla, a favor de un aspirante a la Alcaldía de esa ciudad que, aún cuando no se hubiere inscrito ante la Registraduría, claramente se conocían cuáles eran sus aspiraciones políticas.

Conforme a las pruebas recaudadas, si bien en las intervenciones de aquella fecha el Alcalde no hizo ninguna manifestación acerca de su predilección por un determinado candidato y el acto tenía una finalidad diversa al patrocinio de alguna aspiración electoral, lo cierto es que ese espacio se aprovechó por integrantes del movimiento ciudadano para promover la candidatura de Guillermo Hoenigsberg con actitudes como la de repartir camisetas a los presentes. Que ello es así se encuentra suficientemente probado incluso, con el dicho del entonces Ministro de Interior quien refirió que su hija lució una de dichas camisetas.

Es claro que el Alcalde no hizo alusión verbal al candidato en ese evento, pero inobservó su deber de absoluta imparcialidad frente a quienes participarían en la contienda electoral que se avecinaba. Ésta conclusión se deduce de los siguientes elementos:

7. En la versión libre y espontánea rendida por Bernardo Hoyos Montoya al ser interrogado sobre los hechos que rodearon el evento del 23 de abril, señaló que quiso invitar al Presidente de la Republica para que le explicara, en el centro Comunitario Don Bosco, a la comunidad Barraquillera, el contenido del proyecto de referéndum, pero ante la imposibilidad de asistencia del Presidente, éste le dijo que hablara con el entonces Ministro de Interior; en consecuencia se desplazó hasta la ciudad de Bogotá. Al ser interrogado sobre la visita que efectúo al Ministerio señaló que lo hizo en compañía de Porfirio Castillo Zamora y el Doctor Guillermo Hoenigsberg quienes son sus amigos y les pidió que le acompañaran (Cfr. Folios 48 y 49 C. 3); de otro lado, si bien no hizo pronunciamiento alguno, es indudable que el acto era organizado por la Alcaldía, **por lo tanto, oficial** y permitió que dicho acto se utilizara con fines político-electorales, al punto que se repartió propaganda referida no sólo al objeto inicial del evento, que era el apoyo al referéndum sino además alusiva a un candidato en especial.

Con las fotografías que aparecieron publicadas que tienen que ver con el mentado acto en el centro Don Bosco y la presencia certificada **en la tarima principal** del señor **Guillermo Hoenigsberg,** se denota, un acto de permisión que evidentemente no tenía fin distinto a respaldar una pretensión política. No puede olvidarse que HOYOS MONTOYA sabía de la aspiración de Hoenigsberg, pues, hizo parte de su gabinete, era su amigo y precisamente su dimisión tuvo tal aspiración como fundamento.

El Doctor Néstor Humberto Martínez Neira, no conocía a Guillermo Hoenigsberg ni sabía de sus expectativas de índole electoral por tanto no le era exigible, en aras de evitar el rompimiento de la imparcialidad que debe enmarcar no sólo la gestión sino la vida pública de los funcionarios, abstenerse de ejecutar éste tipo de comportamientos; en tanto que Bernardo Hoyos Montoya, tal como lo manifestara en su versión, si era amigo de Hoenigsberg, por tanto conocía su aspiración política y permitió que se aprovechara tal situación para la difusión de su candidatura y demostrar el apoyo del Alcalde a su intención política.

8. Publicación en el Diario el Heraldo sobre parcialidad política del Alcalde e intervención del mismo en el Centro Comunitario Don Bosco que se llevó a cabo el 10 de Septiembre de 2000.

Por tratarse de hechos similares se efectuará un análisis conjunto de las imputaciones referidas anteriormente.

El día 8 de noviembre del año 1999, se publicó en el diario El Heraldo de Barranquilla una nota relativa a las criticas que por aquélla época se formulaban contra el Alcalde de Barranquilla sobre una posible parcialidad política, quien señaló al respecto en la

referida publicación: “yo si estoy parcializado. Todavía no ha empezado la campaña, cuando empiece, me quedo callado, pero ahora no. Soy Alcalde, pero soy del Movimiento Ciudadano y el Movimiento Ciudadano tiene un candidato y yo apoyo a ese candidato”

“No vamos a decir ahora que en política hay objetividad y neutralidad como sostienen los “técnicos” que dicen que no participan en política. Si no lo hacen, estarían aguantando hambre porque el politiquero es el que les da los puestos.” (Cfr. Publicación del Diario el Heraldo que reposa en el anexo Publicaciones de Prensa).

Sobre esta publicación se interrogó a la periodista que redactó la nota quien manifestó que la misma correspondía a lo dicho por el señor Alcalde de Barranquilla y que fue escuchado a través de una emisora de radio. El Alcalde Hoyos al ser interrogado sobre tal manifestación señaló que “decir que existe neutralidad de objetividad en política es una mentira garrafal. Afirmé que el movimiento al cual pertenezco piensa llevar un candidato a la Alcaldía y por lo tanto ese movimiento me tiene a mi como miembro a pesar de que no puedo hacer política partidaria electoral y no la hago por disciplina y respeto a la ley, pero es claro que si pertenezco a ese movimiento mi tendencia es la de apoyar a un cuando sea íntimamente a ese ciudadano”.

De otro lado, el 10 de Septiembre de 2000 en el centro Comunitario Don Bosco en desarrollo del encuentro que se realizaba tradicionalmente en ese lugar, se hicieron manifestaciones de apoyo a un candidato a la Alcaldía.

Si bien se trataba de un acto en principio legitimo al que asiste la comunidad para escuchar los informes que semanalmente la Administración de Bernardo Hoyos presentaba en compañía de sus más cercanos colaboradores, respecto de la gestión y el desarrollo de los planes y programas de la Alcaldía, el mismo se utilizó no sólo para el evento religioso o “catequético” como lo ha denominado el Padre Hoyos y para la presentación de informe a la comunidad sino que sirvió además para expresar apoyo político y lanzar proclamas en favor de un determinado candidato.

Las cintas de audio que obran dentro de la presente investigación (Cfr. Cinta sobre la I parte de la intervención), a diferencia de lo que sucede en el video aportado sobre esta reunión, en el que sólo es posible apreciar la intervención del padre, dan cuenta del entorno dentro del que se desarrolla el evento. En la trasmisión que efectúa “emisoras unidas” se escucha, unos instantes antes de la intervención del Padre la de un ciudadano a quien no se identifica que aprovecha esa oportunidad para invitar a los presentes a apoyar a un candidato en especial. Haciendo referencia a la capacitación de unas personas que serían los defensores del movimiento ciudadano y para acabar una discusión en torno a un concurso señala lo siguiente: “...le puedo decir a aquellos educadores que no se preocupen que la administración defenderá con Guillermo, con Rafael Sánchez y con todos aquellos candidatos la estabilidad laboral de ustedes, por que creemos que ese concurso se garantiza la entrada de 25.000 estudiantes el próximo año al distrito de Barranquilla, no se dejen llevar de aquellos críticos destructores que cada día le quieren hacer daño a la Administración... “ más adelante

agrega que: “...recuerden para un concejo humilde y sencillo vota por Rafael Sánchez Jaramillo... Barranquilla en la administración no necesita médico por que ya tenemos cura, votar por otro médico sería una locura y otra amargura. Barranquilla necesita un hombre de finanzas y con Guillermo Hoenigsberg siempre avanza”

Mas adelante se escucha la intervención de una señora que da lectura a un “poema” sobre la intervención norteamericana el Tío Sam y el Plan Colombia, acto seguido la intervención del Alcalde de Barranquilla Bernardo Hoyos quien lee un texto de la Biblia el evangelio de Jesucristo escrito por San Mateo sobre que lo que sus discípulos vieron debían contarlo. Y acto seguido hizo referencia a la gestión que ha desarrollado en la Alcaldía y las visitas que efectúa a los barrios de la ciudad y más adelante advierte a los presentes sobre personas inmorales que carecen de ética, personas que no saben manejar las relaciones de pareja como “los que pretenden gobernar a Barranquilla”.

Sobre estos puntos señaló la apoderada del Alcalde que: “para la época de la publicación del diario El Heraldo (8 de noviembre de 1999) el debate electoral no se había iniciado... El comentario del señor Alcalde debe catalogarse como una expresión suelta que mal puede catalogarse como hecho constitutivo de intervención en política”. De otro lado, agregó : “...no podemos aceptar que la labor de catequesis del Padre Bernardo Hoyos se califique de intervención en política ... es costumbre del Padre Hoyos desde muchos años atrás reunirse con la comunidad los días domingos de cada semana” y recogiendo lo señalado por el investigado en su versión señala: “En sus inicios las reuniones tuvieron un carácter religioso y catequetico pero posteriormente fueron de carácter político administrativo, es decir que desde que lo eligieron alcalde por primera vez la reunión de los domingos se divide en dos partes la religiosa y pastoral y la de todos los miembros del gabinete Distrital con el alcalde ...mal puede pensarse entonces que la lectura de un pasaje bíblico por un sacerdote y su consecuente explicación sean intervención en política.”.

Evidentemente la afirmación efectuada por el Alcalde de Barranquilla y que fuera recogida por el diario el Heraldo se efectúa con antelación a que se llevara a cabo la inscripción de candidatos, es decir, a que oficialmente se diera inicio al calendario electoral para los aspirantes a la Alcaldía de la ciudad, pero es claro que el deber de imparcialidad que debe orientar toda la actividad de la Administración debe observarse desde el momento en que el empleado ostenta tal calidad, máxime si se trata de la primera autoridad civil de una ciudad. De otro lado, la Constitución reconoce, como se analizaba anteriormente, el derecho que asiste también a los servidores de participar en política pero con las restricciones que les impone el ejercicio del cargo.

Es que en parte alguna las normas superiores prohibitivas de la intervención en política partidista, reducen el deber de imparcialidad, la garantía de la igualdad y la puesta del ejercicio del gobierno en pro del interés general, a algunos segmentos del calendario o condiciona tan elevados deberes a la existencia o no de campañas políticas. Pensar de esa forma no es más que la consecuencia de cierta actitud positivista que cree hallar espacios de libertad para atentar contra el interés general, porque las normas de mandato no han reglado un asunto de manera milimétrica; por el contrario, una

Constitución fundada en principios, irradia mensajes que no pueden sectorizarse de la sesgada manera como aquí pretende la defensa.

Evidentemente el Gobernador o el Alcalde pueden tener y de hecho tienen una inclinación política y por tanto es legítima la simpatía que puedan sentir hacia un determinado aspirante, **pero sus derechos en este caso se limitan al ejercicio del sufragio** pues no le es permitido como servidor público efectuar manifestaciones en las que se ponga de presente su respaldo a un ciudadano o movimiento. Que Hoyos Montoya ha actuado en contra de tan caros valores y por ende en contra de los deberes que le eran exigibles, ya se dibuja en sus apreciaciones respecto a su parcialidad confesada, bajo el argumento inocente de que no se hallaba aun en curso la campaña. Que así es, y que colocó las funciones y los actos públicos al servicio de un candidato, se muestra desde la primigenia reunión, con presencia del Ministro de Interior, donde permitió que el candidato se sentara en la mesa principal, donde pudo ser observado e identificado por todos los asistentes.

HOYOS MONTOYA en cuanto servidor público, debió permanecer neutral en frente de los candidatos que aspiraban a sucederle. Es claro que el Alcalde tenía preferencia política por un aspirante hecho que en si mismo no es reprochable, lo que se reprocha es que siendo el Alcalde de la ciudad no se mantuvo al margen e intentó influir en la opinión para lograr un resultado electoral a favor de un aspirante. Y tanto por acción –descalificar veladamente ciertos candidatos y apoyar otros—como por omisión –tolerar la presencia en actos de Gobierno, en la mesa principal, a candidatos--.

Es que, para volver por lo primero, no era preciso que el candidato Hoenigsberg se dirigiera en el acto a los presentes. Su presencia en la mesa que preside el acto, ya va indicando como lenguaje simbólico dirigido a los presentes, que la administración cuyas ejecutorias el señor HOYOS MONTOYA enlista, describe y alzaprima, **también son de él;** que quizá con su Alcaldía mucho de lo bueno que ello es, se conserve y crezca, que, en fin, habrá muchas de esas buenas cosas que se informan, en la posible Administración del entonces candidato. Bien se sabe que el lenguaje no tiene por qué ser en si mismo evidente.

“Hay un lenguaje simbólico, no verbalizado, pero de nuevo, sí verbalizable, en el sentido de que quien esté en el secreto del significado de los signos empleados puede poner por escrito el significado de dichos signos. Estar en el secreto de los signos es condición para entenderlos y después ponerlos por escrito. Todo signo representa algo, significa algo.”[229]

La publicación en el diario el Heraldo lo que demuestra es que efectivamente HOYOS MONTOYA tenía una preferencia o predilección frente a un candidato, hecho que unido a lo que aconteció el 10 de Septiembre de 2000 en el centro Don Bosco, revela la falta de neutralidad ante el debate electoral y la inescondida parcialidad incluso confesada.

---

[229] **GREGORIO ROBLES.** *El Derecho como texto (Cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho).* Madrid, Civitas, 1.998, p. 44.

En efecto, todos los domingos la gente se reunía en ese centro para escuchar de un lado, la parte religiosa y de otro, el informe que se presentaba sobre la gestión desplegada.

Pero, evidentemente, la intervención no era ni únicamente religiosa y ciertamente la parte político administrativo no se orientó únicamente a escuchar las demandas de la comunidad y a presentar informes acerca de la gestión desplegada. Como se anotaba con anterioridad, en desarrollo del acto de 10 de Septiembre de 2000, se presentaron intervenciones en las que expresamente se invitaba a la comunidad a votar por el candidato Guillermo Hoenigsberg, las que si bien no efectuó el Alcalde tuvieron lugar en un acto organizado por la Alcaldía en el que intervino el señor Bernardo Hoyos quien se abstuvo de precisar que tales manifestaciones no eran compartidas por la Alcaldía; él tenía el deber de ser imparcial y de impedir que un acto que se había convertido en algo institucional se convirtiera en un foro de apoyo electoral.

Resulta bastante simpático el ejercicio de roles por parte de HOYOS MONTOYA, pues, para encubrir sus actitudes parciales hacia HOENIGSBERG, asume el papel de sacerdote como si no fuera evidente que el cura-alcalde no discrimina sus papeles, pues, en la medida que predica, informa de sus ejecutorias como administrador público, lo que va delineando un curioso híbrido de predicador-administrador. Los presentes, desde luego, saben que es la misma persona la que habla: el cura y el alcalde y que quizá, parodiando en el pasaje bíblico, aquí una sola persona encarna dos deidades distintas. Pretender negar con palabras lo que se hace evidente con los hechos, es de alguna manera pretender ver cierta estulticia de la justicia disciplinaria, la cual no tendría por qué advertir que el entramado del aquí disciplinado, no es más que un ominoso fraude a la ley, pues, asumiera el rol que fuere, de su *ontos* de servidor público no se desata por simplemente vestirse de sotana.

Así pues, no se trataba tanto de impedir que tales manifestaciones se efectuaran, sino de impedir que se aprovechara el espacio generado por la Alcaldía para que se presentaran arengas en favor de algunos aspirantes a ocupar cargos de elección popular; sin embargo, no sólo tácitamente consintió tal hecho, sino que adicionalmente dentro del mismo contexto hizo no la explicación de un texto bíblico, como pretende la apoderada, ni invito a la comunidad a no equivocarse en la elección de sus mandatarios, **sino que aprovechó este espacio para descalificar a otros aspirantes** y en consecuencia resaltar las virtudes de otro, estando en la obligación de permanecer neutral, no como sacerdote, sino como el Alcalde de la ciudad.

40. Utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Radicación Nº **156-66635-02**

INDEBIDA PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA / **INTERVENCIÓN EN POLÍTICA** - Quebrantamiento del deber de imparcialidad

PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA - Límites constitucionales

INTERVENCIÓN EN POLÍTICA - Tomar parte constituye un comportamiento activo u omisivo / **INDEBIDA PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA** - Motivación ilegítima de comportamientos que revisten legalidad

PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA - Inicio de la contienda electoral

16. Se imputa en el *sub iudice*, la falta de *indebida participación en política*, expresión que obliga a deslindar, en la conducta de todos los servidores públicos, cuándo existe una *debida* o legítima participación en esta actividad y cuando ésta se torna en *indebida*, teniendo en cuenta que la prohibición que recae sobre los servidores públicos en torno a la participación en actividades políticas, no es una prohibición absoluta, tal como lo ha reconocido esta entidad de vigilancia y control desde la Directiva 005 de 1997.

Así, de la normatividad vigente, se infiere que la prohibición dirigida a los servidores públicos de participación en política encuentra excepciones relacionadas con *(i)* la naturaleza de los deberes funcionales a cargo del servidor público y *(ii)* el tipo de actividad política en la que toma parte. De suerte que el ejercicio del sufragio es una manera de apoyar una causa política que legítimamente pueden desempeñar los servidores públicos, independientemente de su posición dentro de la administración, al tenor de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 127 de la Constitución Política.

Sin embargo, otros comportamientos constitutivos de participación en política pueden ser lícitos o ilícitos, según los criterios señalados en el párrafo anterior: la legitimidad o ilegitimidad de la participación en política por servidores públicos depende pues, tanto de la naturaleza de sus deberes funcionales, como del tipo de actividad política en la que toman parte. Así, si el servidor público tiene dentro de sus deberes funcionales el ejercicio de jurisdicción, autoridad civil o política, dirección administrativa o si se desempeña en los órganos judicial, electoral o de control, cualquiera sea la naturaleza de las funciones asignadas, le estará **prohibido tomar parte** en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en sus controversias de la misma naturaleza. Los demás servidores, esto es, aquellos que no se desempeñen en los órganos judicial, electoral o de control y además no tengan a su cargo el ejercicio de jurisdicción, autoridad civil o política, o dirección administrativa, **podrán tomar parte** en tales actividades y controversias, en los términos en que lo regule la ley (incisos 1º y 2º, artículo 127 de la Constitución Política).

17. Para el presente caso, valga reseñar desde este momento que, conforme el marco teórico expuesto en este acápite, el servidor público investigado –Gobernador de Departamento–, se encuentra dentro de la categoría de aquellos a quienes la Constitución y la ley **prohíben** la participación en política, por razón de la naturaleza de sus deberes funcionales, ya que ejerce autoridad civil.

18. Tal como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-454 de 1993, el hecho de que el legislador aún no haya fijado el marco dentro del cual un servidor público pueda ejercer la actividad política, no es óbice para hacer efectivo ese derecho, ya que, asumir posición contraria, significaría que la falta de desarrollo legal convertiría, en la práctica, un derecho consagrado constitucionalmente –el sufragio–, en una prohibición. No obstante, en ausencia del desarrollo legal del tema de las condiciones que permiten la participación en política del servidor público, los límites de tal permisión se encuentran en la misma Constitución, así: (i) Es prohibido hacer uso de la investidura para presionar o inducir a los ciudadanos a respaldar una causa o compaña política (artículo 127, inciso 4º); y (ii) Quienes desempeñan funciones públicas no pueden hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones de ley (artículo 110).

Así, es posible señalar válidamente que los miembros de corporaciones públicas pueden participar en controversias políticas durante el ejercicio de su cargo, por la posibilidad de su reelección, lo cual no los faculta para utilizar indebidamente los bienes del Estado en la actividad proselitista o para violar los regímenes de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidos en la Constitución y la ley, prohibición que se hace extensiva a todo servidor público, sujeto del derecho disciplinario.

19. Este ente de vigilancia y control, a través de pronunciamiento de 14 de noviembre de 1997 proferido por el Despacho del Procurador General dentro del expediente número 2519, ha interpretado la prohibición constitucional, así:

> “La prohibición de participación en política, como imperativo constitucionalizado, busca tutelar el principio de imparcialidad que debe informar el quehacer público en armonía con el mandato, también superior, según el cual los servidores públicos están al servicio del estado y de la comunidad, de manera tal que cuando éstos ejercen sus competencias de modo que inclinan la balanza del aparato estatal a favor de una determinada corriente, causa o movimiento político, infringen, además del texto superior, su desarrollo legislativo (art. 41-14, ley 200 de 1995), constituyéndose en una manifestación del ejercicio abusivo del poder o de la autoridad por parte de quienes, de manera inequívoca, no pueden participar en política.”
>
> “No se ha dicho que asistir a actos oficiales sea reprochable, pues ello entraña el cumplimiento de funciones propias del cargo; lo censurable radica en utilizar la presencia o, si se quiere, la influencia, para dirigir una futura contienda política…”

20. Por otra parte, es necesario dejar claro que **tomar parte** en actividades políticas no significa, *per se*, el desarrollo de conductas de tipo activo o lo que es lo mismo, de actuaciones positivas de hacer o con trascendencia naturalística verificable por los sentidos como variación del mundo exterior, de igual forma, omitir es una forma de comportarse, que a los efectos de la conducta analizada, puede consumar el tipo disciplinario en examen.

En efecto, el **tomar parte** constituye un comportamiento (activo u omisivo), que no precisa de actuaciones directas del sujeto obligado por un deber funcional de imparcialidad (autoría directa) ni tampoco demanda actuaciones evidentes, a ojos de todos, de que se está atacando a terceros o favoreciendo a una determinada persona, en razón o por ejercicio del cargo; *v gr.* que el gobernador, o el procurador, etc., salgan a la plaza pública a lanzar arengas en favor o en contra de un determinado candidato. Tomar parte es pues, una conducta que debe ser valorada normativamente –es pluricomprensiva– por el operador jurídico, tendiendo como telón de fondo, el deber de imparcialidad de todo servidor público, de tal suerte que toda acción u omisión que debiliten el valor en cita, es ya analizable desde la perspectiva del tipo disciplinario anotado.

Igualmente, debe precisarse que la conducta que se imputa, esto es, la indebida participación en política, puede darse no solamente a través de comportamientos activos u omisivos encaminados a incurrir en el tipo disciplinario, sino que puede aquella ser también la motivación ilegítima de comportamientos que revisten legalidad en su fondo y en su forma. En tal caso, nos encontraríamos ante una típica desviación de poder, en virtud de la cual los deberes funcionales y atribuciones legalmente conferidos son aplicados por el servidor que los detenta con todas las formalidades legalmente previstas, pero obedeciendo a intereses ajenos a las eficaz, moral e imparcial gestión de la función pública. Situación perfectamente aplicable al presente asunto.

21. Dentro de la mecánica del proceso electoral en Colombia, a veces con exagerada anterioridad –incluso de años-- a la inscripción oficial de las candidaturas para cargos de elección popular, empiezan a mencionarse nombres de las personas que van a participar; esto con el fin de ganar adeptos y de acuerdo con ello, definir si existe oportunidad de que sus aspiraciones puedan llevarse a cabo. Además, cuando a través de los actos se busca obtener o consolidar el poder, producto de un obrar consciente y deliberado, se entiende que se está apoyando un bando determinado.

Con el anterior marco teórico, entra la Comisión a analizar si existe el referente probatorio que permita acreditar los presupuestos de materialidad y responsabilidad del disciplinado por el comportamiento que se le imputa, según lo previsto en el artículo 142 de la Ley 734 de 2002.

DE LA INDEBIDA PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA EN EL *SUB JUDICE*

(...)

27. Pero bien, analizados hechos aislados como (i) el parentesco existente entre CIELO GNECCO DE MONSALVO y LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO; (ii) la inscripción de MONSALVO GNECCO como candidato a la Cámara de Representantes; (iii) la inscripción que de él hiciera LUIS JOAQUÍN MENDOZA SIERRA, presidente de la junta directiva de Sierra Comunicaciones, y (iv) las relaciones contractuales existentes entre SIERRA COMUNICACIONES LTDA., con la gobernación del Cesar, podrían ser irrelevantes, de no ser porque las circunstancias antes descritas los dotan de tal trascendencia, como para tenerlos como una verdadera cadena de actos encaminados a fortalecer políticamente al candidato.

Tal como se afirma hoy, los partidos son auténticas empresas, que precisan de entramados complejos –económicos, logísticos, de medios, asearías especializadas— y lo que refleja el asunto de autos es que ello era así en este caso, con el ítem de que uno de los apoyos torales, era la Administración departamental –con personas, espacios físicos y presupuesto a bordo--, lo cual contradice las normas superiores que proscriben tan evidente desdeño de la imparcialidad política.

Como quedó dicho, el hijo de la señora CIELO GNECCO, señor LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, aspiró a una curul en la Cámara de Representantes por el Departamento del Cesar, adelantando campaña durante el año de 2001 e inscribió su candidatura el día 10 de marzo de 2002 ante los delegados del Registrador Nacional, como consta en acta de visita practicada a estas dependencias el 3 de abril de dicho año, aspiración que resultó exitosa.

Y es que como quedó expresado, la contienda electoral, ni en este caso, ni en ninguna otra candidatura que el país recuerde, se inició con la inscripción del candidato ante las autoridades electorales, se trata de un proceso cuyo principio es en ocasiones notorio y con más de un año de antelación, pero en otras, en cambio, es tan sutil que los electores no descubren en qué momento un candidato entró en la contienda; tal intención política se materializa precisamente con el correspondiente registro público, sin embargo el propósito ya era conocido por el electorado, propósito que es manifestado ya por aspirante directamente o bien por sus copartidarios, quienes en las más de las veces son los que a nombre del interesado hacen campaña con maniobras como las que aquí se han examinado, presentándose ante la ciudadanía y logrando reconocimiento público siempre a favor del mismo, a través de actuaciones directas, como lanzando arengas o haciendo publicidad, o bien con su presencia e influencia gracias al reconocimiento público que han logrado.

La pretensión de la defensa se finca en demostrar verdades ontológicas por medio de documentos, como si el probar que una persona tiene aspiraciones políticas, adelanta campañas que piden el respaldo de su aspiración y pretende por ello hacerse elegir, dependiera de requisitos formales *ad substantiam actus*. La pretensión defensiva en este caso, no puede ser más errática.

28. En lo que tiene que ver con las contrataciones hechas con la mencionada empresa de publicidad, son eslabones de una cadena de actos que permiten deducir responsabilidad disciplinaria del señor RAFAEL ANTONIO BOLAÑO GUERRERO, en el sentido de conocer a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, a su señora madre CIELO GNECCO y a LUIS JOAQUÍN MENDOZA SIERRA; al primero como hijo de CIELO y candidato al Congreso de la República; a la segunda, porque los vinculaba una relación cercana, hecho que se demuestra con su reconocimiento como "primera dama" del departamento, situación tolerada y respaldada por él; y al último porque era contratista del ente territorial que regenta, mismo que inscribió al candidato ante la autoridad pertinente.

En efecto, para la Comisión no se trata de simples coincidencias ni de actividades de proselitismo político aisladas, las que se venían realizando desde la Gobernación del Departamento del Cesar, a las cuales como se evidencia en los hechos relacionados, no resulta ajeno el señor Gobernador BOLAÑO GUERRERO, c*ontrario sensu*, la permanencia de la señora GNECCO en las oficinas de la gobernación es tolerada por el disciplinado y las gestiones de la primera dama son avaladas y apoyadas con los recursos públicos.

Así, tenía destinados cuatro servidores para cumplir sus "funciones sociales", dos de la planta de personal del departamento y dos pertenecientes a una empresa contratista de la administración: YANETH LABRADA TORRES, profesional Universitario, y JUAN BERNARDO ARIZA RESTREPO, asesor de política social; BALDOMERO JOSÉ CERCHAR LÓPEZ y FABIÁN OCHOA MARTÍNEZ, de la empresa LAU Ltda., que suministra personal para servicios generales, labores que cumplen los dos funcionarios, el primero de mensajería y el segundo como conductor (folios 732 a 740 c. 2).

De lo anterior se infiere que la señora CIELO GNECCO, además de utilizar los bienes públicos bajo la lícita y bien ponderada actividad de *primera dama*, participó en la postulación de su hijo LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, fines conocidos por el señor Gobernador, consistentes en respaldar tal campaña electoral, situación que cobra relevancia cuando se observan los contratos celebrados con LUIS JOAQUÍN MENDOZA SIERRA, representante de Sierra Comunicaciones Ltda., quien avaló la inscripción del candidato:[230]

Tabla 1

FECHA	*BENEFICIARIO / CONTRATISTA*	**COMPRO BANTE**	**VALOR**	**OBJETO DEL GASTO**
16 may.	SIERRA COMUNICACIONES	1225	8.544.000	Publicidad
7 jun.	SIERRA COMUNICACIONES	1448	4.272.000	Publicidad
29 jun.	SIERRA COMUNICACIONES		51.264.000	Publicidad
27 jul.	SIERRA COMUNICACIONES		8.544.000	Publicidad

[230] Cuadro 2

29. En estas condiciones, contrario a lo expresado por el disciplinado en sus descargos, su actuación fue pasiva, en la medida que permitió que la señora CIELO GNECCO, con quien no tenía vínculo civil o sanguíneo, se presentara como primera dama del departamento del Cesar, por ello no es posible deslindar la actuación de la señora GNECCO como primera dama, su vínculo con el gobernador y con el candidato, porque la primera relación fue el conducto para fortalecer al candidato, ello siendo tolerado por el burgomaestre.

Como quedó explicitado en el marco teórico, Tomar parte es una conducta pluricomprensiva que debe ser valorada normativamente por el operador jurídico, tendiendo como telón de fondo, el deber de imparcialidad de todo servidor público, de tal suerte que toda acción u omisión que debiliten tal valor, es ya analizable desde la perspectiva del tipo disciplinario anotado. Con todo **tomar parte** constituye un comportamiento (activo u omisivo), que no precisa de actuaciones directas del sujeto obligado por un deber funcional de imparcialidad (autoría directa) ni tampoco demanda actuaciones evidentes, a ojos de todos, de que se está atacando a terceros o favoreciendo a una determinada persona, en razón o por ejercicio del cargo; v gr. que el gobernador salga a la plaza pública a lanzar arengas en favor o en contra de un determinado candidato.

30. En el caso *sub examine*, la conducta que se imputa de indebida participación en política, se dio a través de comportamientos omisivos encaminados a incurrir en el tipo disciplinario, con una motivación ilegítima de comportamientos que revisten legalidad en su fondo y en su forma, caso en el cual nos encontramos ante una típica desviación de poder o abuso de la función pública, en virtud de la cual los deberes funcionales y atribuciones legalmente conferidos son aplicados por el servidor que los detenta, con todas las formalidades legalmente previstas, pero obedeciendo a intereses ajenos a las eficaz, moral e imparcial gestión de la función pública. Este evento es aplicable al presente asunto, en el cargo que se analiza.

31. En estas condiciones los cargos primero y segundo no han sido desvirtuados y por los mismos habrá de responder disciplinariamente el señor RAFAEL ANTONIO BOLAÑO GUERRERO, como autor de los mismos, cometidos en las circunstancias de lugar tiempo y modo examinadas.

41. Ofrecer el servidor público, directa o indirectamente, la vinculación de recomendados a la administración o la adjudicación de contratos a favor de determinadas personas, con ocasión o por razón del trámite de un proyecto legislativo de interés para el Estado o solicitar a los congresistas, diputados o concejales tales prebendas aprovechando su intervención en dicho trámite.

42. Influir en otro servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar

directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita.

Jurisprudencia: El numeral 4° del artículo 25 de la Ley 200 de 1995 establecía: "El servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial". Este numeral fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-310/97**, "bajo el entendido de que el incremento patrimonial debe ser aquel que no tiene causa justificada, o es indebido o ilícito"

CULPABILIDAD - Responsabilidad plena

INCREMENTO PATRIMONIAL ILÍCITO DEL SERVIDOR PÚBLICO - Acción disciplinaria

FALTAS GRAVÍSIMAS EN CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO

b. El numeral 4o. del artículo 25 de la ley 200/95

En esta disposición se cataloga como falta gravísima la siguiente conducta : "El servidor público o el particular que ejerza funciones públicas, que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial", lo cual es considerado por el actor como violatorio del Preámbulo y del artículo 13 de la Carta, por atentar contra un orden justo y ser una norma desproporcionada e irrazonable, por cuanto el incremento patrimonial puede ser el resultado de la propia remuneración que recibe el funcionario o de circunstancias lícitas ajenas al ejercicio de la función pública. En últimas lo que pide el demandante es que no se sancione disciplinariamente toda clase de incremento patrimonial, sino solamente el injustificado o ilícito.

Esta Corporación ha reiterado[231] que "el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, *mutatis mutandi* en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado."

También ha dicho que "uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en

[231] Sents. C-195/93, C-280/96, C-306/96, entre otras

norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada".[232] Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa".

En el precepto que se cuestiona, ciertamente, no se señala en forma expresa cuál es el incremento patrimonial que constituye falta gravísima, lo que permite deducir al actor que sea tanto el lícito como el ilícito. Sin embargo esta interpretación no es acorde con las normas constitucionales ni con las del mismo ordenamiento al cual pertenece, como se verá en seguida.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Suprema corresponde al legislador señalar la responsabilidad de los funcionarios públicos y la manera de hacerla efectiva. Igualmente, es obligación de todo servidor público declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas, antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo *o cuando autoridad competente se lo solicite (art. 122 CP).* El artículo 34 ibídem permite que mediante sentencia judicial se declare extinguido el dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social ; el artículo 58 sólo protege la propiedad obtenida con arreglo a las leyes, es decir, en forma lícita ; el artículo 268 autoriza al Contralor General de la República para promover ante las autoridades competentes las *investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicios a los intereses patrimoniales del Estado* ; y el artículo 278 asigna al Procurador General de la Nación la tarea de desvincular al funcionario público por *derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones*.

De la lectura de estos cánones constitucionales y teniendo en cuenta los principios de transparencia y moralidad que deben regir la función pública (arts. 122 y 109 CP), es fácil concluir que la norma demandada es fiel desarrollo de dichos mandatos y, al igual que la que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito, son disposiciones en las que "se refleja el interés que le asiste al Estado no sólo de legitimar la adquisición de la propiedad, sino además de sanear la Administración pública, cuyo patrimonio se ve afectado por la conducta indebida de aquellos servidores que por el ejercicio de su cargo incrementan de manera injustificada su propio peculio con grave detrimento de la moral social."[233]

Por otra parte, el artículo 14 del Código Disciplinario Único, del cual forma parte la norma impugnada, dispone que "*En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa."* Lo cual está acorde con la Constitución, que también "proscribe las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona como obra suya no sólo

---

[232] ibídem

[233] sent. C-319/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

de manera objetiva (autoría material) sino también subjetiva (culpabilidad), en cuanto sujeto dotado de dignidad y libertad (CP arts. 1 y 16)"[234]

La culpabilidad es la misma responsabilidad plena, la cual comporta un juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al servidor estatal la realización de un comportamiento disciplinario contrario a las normas jurídicas que lo rigen, dentro de un proceso que se ha de adelantar con la observancia de las reglas constitucionales y legales que lo regulan, garantizando siempre un debido proceso y el ejercicio pleno del derecho de defensa que le asiste al imputado.

El incremento patrimonial debe entonces ser demostrado, en el caso a que alude la disposición impugnada, por la autoridad competente para investigar y sancionar al servidor público, pues la carga de la prueba le corresponde al Estado. "El Estado debe entonces probar la existencia material del ilícito o del injusto típico, esto es, de los elementos que conforman su tipicidad y antijuridicidad, así como la responsabilidad subjetiva de la persona, esto es, la culpabilidad, pues una persona sólo puede ser condenada conforme a una ley preexistente y observando la plenitud de las formas del juicio (29 C.P.)."

Entonces del análisis sistemático de las normas precitadas se concluye que el incremento patrimonial a que alude el artículo objeto de impugnación, no puede ser el lícito, sino el que no tiene causa justificada, el indebido o ilícito.

Recuérdese que el servidor público por mandato del artículo 122 de la Constitución "se encuentra en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en relación con el monto y manejo de sus bienes, por lo cual se puede decir que este artículo consagra un deber específico de transparencia de estos servidores. En efecto, ¿qué sentido puede tener esa exigencia de declarar bajo juramento el monto de los bienes y las rentas si no es porque la Constitución ha consagrado al servidor público un deber específico, según el cual tiene que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales?"

No cree la Corte que deba extenderse en otras consideraciones pues dada la similitud que guarda la conducta prevista en la norma demandada en cuanto a su fundamento constitucional, finalidad y contenido con el delito de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, los argumentos que expuso la Corte en dicha oportunidad para declarar su exequibilidad resultan aplicables, y a ellos se remite.

Es oportuno observar que quien hace de ponente en el proceso bajo examen, dejó consignado un salvamento de voto a propósito de la sentencia C-319/96, que se ocupó del enriquecimiento ilícito en sus dos modalidades. Aunque su criterio sobre el punto no ha variado, en acatamiento a lo decidido por la Corporación acoge su doctrina, pero

---

[234] ibídem

procederá a consignar una aclaración de voto, reiterativo de la tesis sustentada en el proceso referido.

Finalmente, es pertinente anotar que el hecho de que la conducta a que alude la norma impugnada se identifique con el delito de enriquecimiento ilícito, ello no es causal de inconstitucionalidad, pues la acción disciplinaria es independiente de la penal, según lo establece el artículo 2o. inciso segundo de la ley 200 de 1995, cuya constitucionalidad fue declarada por esta Corporación en sentencia C-244/96.

En virtud de lo expuesto, la Corte declarará exequible el numeral 4o. del artículo 25 de la ley 200 de 1995, en forma condicionada, esto es, en el entendido de que el incremento patrimonial a que alude este precepto es el obtenido en forma injustificada o indebida o ilícita.

43. Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas.

44. Favorecer en forma deliberada el ingreso o salida de bienes del territorio nacional sin el lleno de los requisitos exigidos por la legislación aduanera.

45. Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece.

46. No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.

47. Violar la reserva de la investigación y de las demás actuaciones sometidas a la misma restricción.

48. Consumir, en el sitio de trabajo o en lugares públicos, sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o síquica, asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes. Cuando la conducta no fuere reiterada conforme a la modalidad señalada, será calificada como grave.

Jurisprudencia: Este numeral del artículo 48 fue declarado EXEQUIBLE, mediante sentencia **C-252/03**, en el entendido que la expresión "*en*

lugares públicos", contenida en el inciso primero, es EXEQUIBLE en cuanto la conducta descrita afecte el ejercicio de la función pública.

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - Cláusula general de libertad / **CLÁUSULA GENERAL DE LIBERTAD** - Ámbito legítimo de interferencia estatal / **POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO** - Legitimidad de su ejercicio

POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO EN DERECHO DISCIPLINARIO - Su ejercicio está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público / **FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACIÓN DISCIPLINARIA** - Fines esenciales del Estado / **FUNCIÓN PÚBLICA** - Su atribución genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado

FALTA DISCIPLINARIA - Enunciado normativo que comprende varias reglas de derecho

ANTIJURIDICIDAD DEL ILÍCITO DISCIPLINARIO - Afección sin justificación alguna del deber funcional

FALTA GRAVE - Asistir al trabajo en estado de embriaguez / **FALTA GRAVE** - Asistir al trabajo bajo el efecto de estupefacientes

FALTA DISCIPLINARIA - Valoración de la reincidencia / **DELITO** - Valoración de la reincidencia

FALTA GRAVÍSIMA - Asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez / **FALTA GRAVÍSIMA** - Asistir al trabajo en tres o más ocasiones bajo el efecto de estupefacientes

REINCIDENCIA - El término es de cinco años para faltas sancionadas con providencias ejecutoriadas

FALTA GRAVÍSIMA - Consumir en el sitio de trabajo sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica / **FALTA GRAVÍSIMA** - Consumir en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica

1. La demanda se dirige contra un enunciado normativo que, como el numeral 48 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, consagra varias faltas disciplinarias. El actor considera que aquél desconoce múltiples disposiciones constitucionales referidas al libre desarrollo de la personalidad, al derecho a la intimidad, al principio de legalidad y a los principios de Estado social de derecho, dignidad humana y *non bis in ídem*. La

Auditoría General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, por su parte, consideran que la norma jurídica demandada es exequible por no vulnerar disposiciones superiores, con excepción de los apartes "*en lugares públicos*" y "*estupefacientes*", los que son exequibles pero siempre que entienda que se trata de conductas cometidas por servidores de imagen pública reconocida socialmente o de altos dignatarios estatales.

En ese marco, le incumbe a la Corte determinar si las faltas consagradas en el enunciado normativo indicado se adecuan o no a los fundamentos constitucionales de la imputación disciplinaria.

2. En una democracia constitucional impera una cláusula general de libertad. Esa es una clara opción política que traduce una visión del hombre y del ámbito de interferencia que recíprocamente se le reconoce al Estado. Desde luego, ésta no es la única alternativa con que han contado las sociedades para afincar los cimientos de su organización política y jurídica pues históricamente ha concurrido también la posibilidad de concebir al hombre como un ser incapaz de trazar su propio destino y, por lo mismo, como un ser urgido de una paternal conducción para la determinación de sus patrones de vida.

Indistintamente de la opción que se elija, lo cierto es que una vez institucionalizada una de ellas, esa sociedad debe sobrellevar sus consecuencias: Asumir a la persona humana como un ser racional y libre plantea el difícil reto de formarla y educarla con el más alto sentido de responsabilidad pues sólo así, cuando llegue el momento de tomar sus propias decisiones, será capaz de elegir sus propias opciones vitales y de hacerlo teniendo en cuenta su valía como persona pero también considerando la dignidad de los demás como seres igualmente racionales y libres. Y tomar a la persona humana como un ser incapaz de trazar su propio destino impone aceptar un modelo de organización en el que se le reconoce como un ser ontológicamente limitado, privado de la posibilidad de elegir sus propias opciones vitales y susceptible de ser conducido por el sendero de las conveniencias públicas; alternativa ésta que, si bien exonera de la difícil responsabilidad formativa y educativa de las personas y asegura el desenvolvimiento mecánico de la vida social, lo hace al alto precio de cosificar al ser humano.

En tal contexto, si al delinear los cimientos de la organización política se ha optado por una cláusula general de libertad como fundamento, no hay alternativa diferente a la de reconocerle a la persona humana la facultad de desplegar libremente su personalidad sin más limitaciones que las impuestas por el reconocimiento de los demás como seres dignos y, en consecuencia, libres. De allí que la cláusula general de libertad se conciba de tal manera que promueva un punto de equilibrio entre el despliegue de las propias potencialidades de cada ser humano y el reconocimiento de los espacios necesarios para la realización de las demás personas como seres titulares de los mismos atributos. Por ello, de la misma manera como esa cláusula afinca una concepción del hombre como un ser racional, capaz de desplegar su propia libertad, afirma también el espacio

que a cada quien le está vedado invadir pues sólo sobre la base de esos recíprocos ámbitos de no interferencia y de mutuo respecto es posible fomentar la convivencia pacífica.

3. Al optar por la cláusula general de libertad como fundamento de la organización política, de manera correlativa se determina el ámbito legítimo de interferencia estatal sobre las personas. Esto es así en cuanto la intervención institucionalizada en la vida de los seres humanos deberá hacerse sin desconocer la afirmación de la libertad como principio y, por lo tanto, sin desvirtuarla como un límite infranqueable. Desde luego, es posible que el ejercicio del poder se extienda de tal manera que se termine por restringir el ámbito de vigencia de esa cláusula de libertad pero entonces el aparato estatal estará renegando de sus fundamentos libertarios y afirmando su cariz autoritario. Esta tentación se vence si las instituciones admiten que les está permitido convertirse en promotoras de la convivencia social y de la realización de los seres humanos pero sin desconocer la dignidad que a ellos les es intrínseca.

Lo expuesto es particularmente relevante cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, ya sea en el ámbito del derecho penal, del derecho contravencional, del derecho disciplinario, del derecho correccional o de las actuaciones por indignidad política, pues el ejercicio de esa potestad sólo será legítimo si no se desconocen los fundamentos de la imputación que se infieren de la cláusula general de libertad.

Así, por ejemplo, el legislador sólo puede tipificar como conductas penalmente relevantes aquellos comportamientos que interfieran los derechos de los demás bien por lesionar un bien jurídico penalmente relevante o bien por ponerlo en peligro. No se discute que en esas materias el legislador es titular de una amplia facultad de configuración normativa, no obstante está avocado a respetar esos límites constitucionales de la imputación penal. De la misma manera, el legislador sólo puede tipificar como conductas relevantes en el ámbito disciplinario aquellos comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas. También aquí es claro que la instancia parlamentaria está habilitada para delinear el régimen disciplinario; no obstante, su potestad está limitada por ese fundamento constitucional del ilícito disciplinario.

Es decir, el Estado está compelido a ejercer su poder de manera armónica con la cláusula general de libertad o, lo que es lo mismo, sin desconocer el efecto vinculante de la Carta Política como conjunto armónico de principios para la regulación de la vida social.

4. En punto del derecho disciplinario, se impone resaltar por qué el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público.

Una indagación por los fundamentos de la imputación disciplinaria remite a los fines esenciales del Estado pues una democracia constitucional como la colombiana, no obstante las imperfecciones que puedan advertírsele y las múltiples limitaciones con que se cuenta para darle cabal desarrollo, está concebida, entre otras cosas, para servir a la comunidad, promover la prosperidad general; garantizar a todas las personas la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Nótese cómo la realización integral de la persona humana mediante la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el Texto Superior, hace parte fundamental del compendio de fines de la actuación estatal, situación esta compatible con la concepción del respeto por la dignidad humana como uno de los fundamentos del Estado social de derecho constituido.

En ese marco, las autoridades de la República, a través de las cuales actúa el Estado como personificación jurídica de la nación, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Esta orientación finalística de las autoridades de la República determina el fundamento de su responsabilidad y de allí que, de acuerdo con el artículo 6° Superior, ellas respondan por infringir la Constitución y la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Esto es entendible: La atribución de función pública genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado y ese vínculo determina no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades con miras a la realización de los fines estatales, sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado.

Es por ello que el constituyente advirtió que cada servidor público debía tener claridad acerca de los criterios superiores con los que se vinculaba a la administración y de allí porqué exigió, en el artículo 122, que sólo entre a ejercer su cargo después de prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Además, una vez satisfecha esa exigencia, debe tener siempre presente que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que debe desarrollarse, según el artículo 209, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Entonces, nótese cuál es el fundamento de la imputación disciplinaria: La necesidad de realizar los fines estatales le impone un sentido al ejercicio de la función pública por las autoridades. Éstas deben cumplir la Constitución y la ley, ponerse al servicio de los intereses generales, desarrollar los principios de la función administrativa y desempeñar para ello los deberes que les incumben. Una actitud contraria de las autoridades lesiona tales deberes funcionales. Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho

disciplinario. De allí que la antijuridicidad de la falta disciplinaria remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas.

Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y *non bis in ídem*, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza.

5. Ahora bien, para efectos del análisis a emprender, es conveniente retomar la disposición demandada. Su texto es el siguiente:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

49. Consumir, en el sitio de trabajo o en lugares públicos, sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica, asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes.

Cuando la conducta no fuere reiterada conforme a la modalidad señalada, será calificada como grave.

Como puede advertirse, se trata de un enunciado normativo que comprende varias reglas de derecho. Éstas se pueden diferenciar de acuerdo con tres referentes: La conducta del sujeto disciplinable, el lugar de comisión de ese comportamiento y la reincidencia en él.

Desde el punto de vista de la conducta, en ese enunciado se hacen referencias al consumo de sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica, al hecho de colocarse en estado de embriaguez y al hecho de colocarse bajo el efecto de estupefacientes. Desde el punto de vista del lugar de comisión de la conducta, se hacen referencias al sitio de trabajo y a lugares públicos. Y desde el punto de vista de la reincidencia en el comportamiento, en dos de las hipótesis planteadas aquella constituye un factor para determinar el carácter grave o gravísimo de la conducta.

De acuerdo con ello, si se sigue un orden lógico para la formulación de las reglas jurídicas contenidas en el enunciado normativo demandado, éstas se pueden formular de la siguiente manera:

A. Son faltas graves:

1. Asistir al trabajo en estado de embriaguez.

2. Asistir al trabajo bajo el efecto de estupefacientes.

B. Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Consumir en el sitio de trabajo sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica.

2. Consumir en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica.

3. Asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez.

4. Asistir al trabajo en tres o más ocasiones bajo el efecto de estupefacientes.

Pues bien. Entre estas reglas jurídicas, contenidas en el enunciado normativo ya indicado, y los fundamentos constitucionales de la imputación de los ilícitos disciplinarios se ha de realizar el juicio técnico de confrontación para determinar si aquellas contrarían o no el Texto Superior.

6. Como se advirtió, el fundamento de la imputación disciplinaria está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público o del particular que desempeña funciones públicas pues sólo tal concepción del ilícito disciplinario resulta consecuente con los límites que el constituyente configuró para la cláusula general de libertad consagrada en el artículo 16 de la Carta y con las particularidades que la facultad sancionadora del Estado asume en el derecho disciplinario. Tal concepción torna comprensibles los motivos por los cuales son disciplinariamente irrelevantes aquellos comportamientos que no trascienden a la órbita funcional del servidor o particular que cumple funciones públicas.

Ese fundamento constitucional de la imputación disciplinaria ha sido tomado por el legislador como uno de los cimientos sobre los cuales se concibió el régimen disciplinario consagrado por la Ley 734 de 2002. En efecto, este estatuto, en el artículo 5°, declarado exequible por esta Corporación mediante Sentencia C-948-02, apoya la antijuridicidad del ilícito disciplinario en la afección, sin justificación alguna, del deber funcional, exigencia que se reafirma al definir la falta disciplinaria en el artículo 23 como el incumplimiento injustificado de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses y que se potencia con la exigencia que las acciones u omisiones constitutivas de faltas disciplinarias, para ser tales, deben

presentarse en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función o con ocasión de ellos o por extralimitación de funciones.

7. En ese marco, que el legislador tome la decisión de configurar como falta disciplinaria el hecho de asistir al trabajo en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes constituye ejercicio legítimo de la facultad de configuración que a aquél le asiste en esa materia y no plantea problema constitucional alguno.

En efecto. Un servidor público o un particular que cumple funciones públicas no está en capacidad de dirigir su voluntad y su inteligencia al normal desenvolvimiento de su órbita funcional si acude a trabajar bajo el efecto de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes pues tanto aquellas como éstas afectan sus capacidades motoras, racionales y psíquicas al punto que le impiden su normal desenvolvimiento laboral. Esta situación, desde luego, constituye una clara infracción de sus deberes funcionales pues el sujeto disciplinable que voluntariamente se coloca en estado de embriaguez o bajo el influjo de sustancias estupefacientes y que en esas condiciones acude a su lugar de trabajo, no se halla en capacidad de cumplir su rol funcional y por lo mismo se sustrae al deber de desempeñar cabalmente sus funciones como concreción del deber genérico que le asiste de cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos.

La Corte debe precisar que la legitimidad de esas faltas disciplinarias no se deriva del estado mismo de embriaguez del sujeto disciplinable o del hecho de encontrarse bajo el efecto de estupefacientes sino de la manera como tales estados interfieren los deberes funcionales del servidor público. Es decir, tal legitimidad se infiere no en razón de esos estados implícitamente considerados sino del hecho que el sujeto asiste al trabajo encontrándose en ellos. Se trata de una precisión fundamental pues ella hace la diferencia entre una injerencia autoritaria en un ámbito vital que sólo a la persona corresponde y una injerencia legítima que procura el adecuado desenvolvimiento de la administración y su funcionalización hacia la realización de los fines estatales.

Por lo tanto, como se respeta el fundamento constitucional de la imputación disciplinaria, se declarará la exequibilidad de las reglas de derecho de acuerdo con las cuales:

A. Son faltas graves:

1. Asistir al trabajo en estado de embriaguez.

2. Asistir al trabajo bajo el efecto de estupefacientes.

8. Ahora bien. El legislador no solo tomó la decisión de configurar como falta disciplinaria el asistir al trabajo en estado de embriaguez o bajo el efecto de estupefacientes sino que además acentuó el rigor del control disciplinario en los casos de reincidencia en tales comportamientos pues cuando en éstos se incurre en tres

veces o más, la falta es calificada como gravísima. De ello se infiere que el problema jurídico a resolver en este punto no radica en la legitimidad de las faltas disciplinarias individualmente consideradas, sino en las consecuencias que se le reconocen a la reincidencia en faltas de esa índole.

En cuanto a esto hay que afirmar que cada que un sujeto disciplinable incurre, sin justificación alguna, en una conducta de esa índole, comete una falta disciplinaria y queda sometido a las sanciones correspondientes. Según la actora, el problema se presenta cuando en razón de tal reincidencia se varía la entidad de la falta imputable pues cuando por ese motivo una misma conducta se trastoca de falta grave a gravísima, se vulnera el principio *non bis in ídem* por cuanto se generan consecuencias sancionatorias a partir de dos conductas ya sancionadas.

Ese aparente problema se explica en razón de que al derecho disciplinario se le pretenden trasladar reproches que se predican de otros ámbitos del derecho sancionador, y en particular del derecho penal, pues en ellos la valoración negativa de la reincidencia se asume como un rezago autoritario que, en lugar de desvalorar la conducta cometida, desvalora la personalidad, proclive al delito, del autor.

Con todo, también en este punto debe afirmarse la autonomía del derecho disciplinario y, en consecuencia, la imposibilidad de extender a él los efectos de instituciones contrarias a su naturaleza: El rechazo de la reincidencia como circunstancia de agravación punitiva se explica en el derecho penal en razón de la mayor proximidad que tiene, como ámbito de control, con los derechos fundamentales. Tal proximidad se advierte tanto en el delito -por la relación funcional que existe entre tales derechos y el bien jurídico como concepto consustancial a la conducta punible- como en la pena -en este caso porque la sanción penal por antonomasia, la prisión, no es más que la privación de la libertad de locomoción como derecho fundamental-. Además, la ilegitimidad de la reincidencia como institución del derecho penal plantea un serio cuestionamiento al sistema penal mismo pues pone en vilo las funciones de prevención general -como protección de bienes jurídicos- y de prevención especial -como resocialización moderada- que se le atribuyen a la pena y desnuda las profundas limitaciones del tratamiento penitenciario. En tal contexto es ilegítima la desvaloración de la reincidencia en sí misma pues tal institución, en términos de sacrificio de derechos fundamentales y de racionalidad del sistema penal, resulta demasiado costosa.

Esas situaciones, en cambio, no se advierten en el derecho disciplinario ya que éste en el ámbito de la falta remite a la infracción de deberes funcionales y en el ámbito de la sanción, en el peor de los casos, impone la ruptura del vínculo que liga al servidor público con el Estado. Además, en este campo el sólo dato fáctico de la reincidencia en faltas disciplinarias no plantea la ilegitimidad de sistema de tratamiento penitenciario alguno, pues ninguna de las sanciones disciplinarias conduce a la privación de la libertad del sujeto disciplinable. Ante tal panorama, es claro que las premisas en punto de valoración de la reincidencia en faltas disciplinarias no pueden ser las mismas que operan en el ámbito de la reincidencia en la comisión de conductas punibles.

De allí se infiere que, si las sanciones disciplinarias impuestas a un sujeto no han logrado que su proceder como servidor público o como particular que desempeña funciones públicas, se oriente a la garantía de la efectividad de los valores, principios y derechos previstos en la Constitución, es legítimo suministrar un contexto normativo que permita variar la graduación de una falta futura para asignarle mayor gravedad que otras de la misma índole cometidas con anterioridad y, por esa vía, eventualmente, en caso de acreditarse los presupuestos de la responsabilidad disciplinaria, permitir que se rompa el nexo que vincula a tal sujeto disciplinable con el Estado.

Como puede advertirse, entonces, la valoración negativa que se hace de la reincidencia en el ámbito del derecho disciplinario no plantea el desconocimiento del principio *non bis in ídem.* Ello es así en cuanto se trata de someter una tercera falta disciplinaria a una sanción más drástica que otras sanciones impuestas a faltas de la misma índole cometidas con anterioridad y que han resultado ineficaces con miras al aseguramiento del cumplimiento de los deberes funcionales a cargo del sancionado. Finalmente, la carga argumentativa que deslegitima la reincidencia en el ámbito del derecho penal, no puede trasladarse, sin más, al derecho disciplinario pues este tiene una índole definida y autónoma.

Por lo tanto, dada su compatibilidad con los fundamentos constitucionales de la imputación disciplinaria, la Corte declarará la exequibilidad de las siguientes reglas jurídicas contenidas en el enunciado normativo demandado:

B. Son faltas gravísimas las siguientes:

...

3. Asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez.

4. Asistir al trabajo en tres o más ocasiones bajo el efecto de estupefacientes.

9. De otro lado, razón le asiste a la actora cuando afirma que la calificación de una falta de esa índole como gravísima, en razón de la reincidencia, debe tener un límite temporal pues resultaría inconcebible que para ese efecto se tuvieran en cuenta comportamientos ocurridos 20 o más años antes.

En cuanto a ello hay que indicar, de un lado, que para variar la naturaleza de la falta es preciso que se haya demostrado tanto la comisión de la falta como la responsabilidad del sujeto y que éste haya sido efectivamente sancionado. Y, de otro lado, ya que como elemento de juicio se toman las sanciones impuestas con anterioridad, por aplicación del principio de analogía *in bonam partem*, debe tenerse en cuenta el artículo 174 del Código Disciplinario, de acuerdo con el cual las certificaciones de antecedentes deben contener las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco años anteriores a su expedición. De este modo, la tercera falta sólo podrá ser calificada como gravísima cuando dos faltas cometidas en los cinco años anteriores han sido sancionadas en

providencias ejecutoriadas. Esta interpretación integral del Código Disciplinario impide que las faltas gravísimas por reincidencia se estructuren sin límite temporal alguno.

10. Restan por analizar dos de las normas jurídicas contenidas en el enunciado normativo demandado: El consumo en el sitio de trabajo de sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica y el consumo de esas mismas sustancias en lugares públicos. Nótese que de acuerdo con estas reglas, constituye falta disciplinaria no ya el acto de asistir al trabajo bajo el influjo de estupefacientes sino el consumo de ese tipo de sustancias en el sitio de trabajo o en lugares públicos.

En relación con la primera de esas reglas de derecho hay que indicar que concurren las mismas razones que en su momento se esgrimieron para afirmar la exequibilidad de la configuración como falta disciplinaria de la asistencia al trabajo bajo el efecto de estupefacientes. Es decir, la regla de derecho que ahora se somete a examen no involucra el sometimiento de una persona a sanción disciplinaria por el hecho del consumo de estupefacientes en sí mismo considerado sino en cuanto tal comportamiento interfiere en el cumplimiento de los deberes funcionales del servidor público o del particular que cumple funciones públicas.

Ello es así porque el sitio de trabajo es un espacio físico acondicionado para el cumplimiento de la función pública encomendada y para el despliegue de las actividades relacionadas con ella pero en manera alguna puede concebirse como un espacio adecuado para el consumo de sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica. Este desvío funcional del sitio de trabajo hace que este lugar, en vez de orientarse al cumplimiento de la función encomendada, se ponga al servicio de propósitos personales que nada tiene que ver con ella. En tal contexto, es evidente la infracción a los deberes funcionales del sujeto disciplinable.

Por estos motivos, se declarará la exequibilidad de la regla de derecho de acuerdo con la cual es falta disciplinaria gravísima consumir en el sitio de trabajo sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica.

11. La segunda regla de derecho, en cambio, plantea una situación distinta. De acuerdo con ella, constituye falta gravísima consumir en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica. Frente a una regla de derecho como ésta, surge también el interrogante acerca de si esa falta disciplinaria involucra una afección del deber funcional pues sólo si tal exigencia se satisface, su configuración como tal será legítima.

De acuerdo con la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, esa regla de derecho es exequible pero únicamente cuando se trate de comportamientos imputables a servidores con imagen públicamente reconocida o a altos funcionarios estatales pues en tales eventos los servidores son la representación más visible del Estado ante la sociedad.

La Corte disiente de esta percepción pues considera que la legitimidad de la falta se circunscribe a aquellos eventos en que la conducta afecte de manera injustificada los deberes funcionales del servidor público y ello ocurre independientemente de la posición que éste ocupe en la función pública. Es decir, el hecho de que la regla de derecho sometida a examen sea desplegada por un servidor público que no sea un alto funcionario del Estado no excluye su relevancia disciplinaria si ella tiene la virtualidad de afectar los deberes funcionales que le asisten.

De acuerdo con ello, si un servidor público o particular que cumple funciones públicas consume en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica y lo hace encontrándose en ejercicio de sus funciones, la imputación de la falta disciplinaria es legítima. Y también lo es si tal comportamiento se despliega en un lugar público, sin que el servidor se encuentre en ejercicio de sus funciones pero si él tiene la virtualidad de afectar la función pública. En estos dos supuestos, independientemente del nivel funcional al que se halle adscrito el servidor, se despliega un comportamiento que trasciende a su rol funcional y que afecta los deberes a su cargo.

Ahora, en aquellos supuestos en que el comportamiento se comete en lugar público y sin que el servidor se encuentre en ejercicio de sus funciones, el funcionario de control disciplinario, en cada caso, deberá apreciar si la conducta afecta o no la función pública y si hay lugar o no a la imputación de un ilícito disciplinario. Tal apreciación deberá realizarse de manera razonable, teniendo en cuenta el contexto en el que se incurrió en el comportamiento y la incidencia que pueda tener en el rol funcional a cargo del servidor.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte declarará la exequibilidad de la regla de derecho de acuerdo con la cual constituye falta gravísima consumir en lugares públicos sustancias prohibidas que produzcan dependencia física o psíquica pero lo hará de manera condicionada en el entendido que la falta se configura siempre que esa conducta afecte la función pública.

49. Las demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta.

50. Ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario.

51. Adquirir directamente o por interpuesta persona bienes que deban ser enajenados en razón de las funciones de su cargo, o hacer gestiones para que otros los adquieran.

52. No dar cumplimiento injustificadamente a la exigencia de adoptar el Sistema Nacional de Contabilidad Pública de acuerdo con las disposiciones emitidas por la Contaduría General de la Nación y no observar las políticas, principios y plazos que en materia de contabilidad pública se expidan con el fin de producir información confiable, oportuna y veraz.

53. Desacatar las órdenes e instrucciones contenidas en las Directivas Presidenciales cuyo objeto sea la promoción de los derechos humanos y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el manejo del orden público o la congelación de nóminas oficiales, dentro de la órbita de su competencia.

Jurisprudencia: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-1029/02**.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA - No actúa como superior administrativo de diputados, gobernadores, concejales y alcaldes

FALTA DISCIPLINARIA - Desacato a directiva presidencial con respecto a congelación de nóminas oficiales

AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Congelación de nóminas no la desconoce

DIRECTIVA PRESIDENCIAL - La congelación de nóminas en nada toca la estructura de la administración departamental

DIRECTIVA PRESIDENCIAL - El congelamiento de nóminas oficiales no restringe las atribuciones del gobernador o alcalde

DIRECTIVA PRESIDENCIAL - La congelación de nóminas no comprende la nómina oficial exclusiva de las entidades territoriales

2. Problema Jurídico

La demanda contra la expresión "*o la congelación de nóminas oficiales, dentro de la órbita de su competencia. (…) "* del numeral 53 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 plantea a la Corte el siguiente problema jurídico: ¿La norma que tipifica como falta

gravísima el desacato de una Directiva Presidencial contentiva de una orden e instrucción de congelación de nóminas oficiales, desconoce la autonomía de las entidades territoriales?

Para abordar esta cuestión la Corte, primero, precisará los alcances de la expresión demandada y, luego, analizará los cargos específicos elevados por el actor.

3. Los alcances de la expresión acusada

En la Ley 734 de 2002, nuevo Código Disciplinario Único, el legislador se ocupa en el Título Único del Libro II, de "*la descripción de las faltas disciplinarias en particular"*, las cuales ha clasificado en leves, graves y gravísimas. Las faltas gravísimas, a diferencia de las leves y graves, han sido específicamente tipificadas en el artículo 48 de la ley en cuestión.

En cuanto al cumplimiento de órdenes e instrucciones, observa la Corte que, en virtud de los numerales 1º y 7º del artículo 34[235], es deber de todo servidor público cumplir *"las órdenes superiores emitidas por funcionario competente"*, así como *"las disposiciones que los superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones"*, y que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 50[236] de la misma ley, el "*incumplimiento de los deberes*" puede constituir una falta leve o grave, según los criterios que para ello establece la propia ley.

Por su parte, y de acuerdo al numeral 53 del artículo 48 – la norma acusada- constituye una falta gravísima el desacato de una Directiva Presidencial que ordene e instruya sobre: (i) la promoción de los derechos humanos y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario; (ii) el manejo del orden público o (iii) la congelación de nóminas oficiales, dentro de la órbita de su competencia.

---

235 "Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:
1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código. (…)
7. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, y atender los requerimientos y citaciones de las autoridades competentes."

236"Artículo 50. Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.
La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código.
Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima."

El legislador busca con esta norma imprimir una disciplina más estricta al cumplimiento de ciertas órdenes e instrucciones que el Presidente imparta por medio de Directivas, habida cuenta de la importancia material, del ámbito dentro del cual el Presidente de la República ejerce esta competencia.

En cuanto a la expresión demandada, la decisión de congelación de nóminas oficiales, es una determinación encaminada a impedir que se realicen movimientos dentro de la planta de personal de una entidad pública. Así, al congelar la nómina, quien detente la potestad nominadora en la entidad no podrá realizar nombramientos ni efectuar remociones del personal a su cargo[237]. Con ello se busca tanto impedir que en tiempo de elecciones, a través de la oferta y remoción de personal en cargos públicos se manipule a los ciudadanos como controlar el gasto público dentro de políticas de austeridad, entre otros fines.

Ahora bien, la expresión acusada finaliza mediante la expresión, *"dentro de la órbita de su competencia".* Siendo así, cabe preguntarse a quién está referida la expresión órbita de *"su competencia"*.

La actora considera que ésta alude a la órbita de competencia del destinatario de la Directiva Presidencial y, a partir de esta premisa, funda su cargo. La Corte no comparte ésta hermenéutica por varias razones. Primero, porque una interpretación gramatical indica que la expresión *"su competencia"* refiere al sujeto que, según la norma acusada, imparte la directiva, es decir, el Presidente de la República. Segundo, porque una interpretación sistemática y teleológica conduce a la misma conclusión: el Presidente puede impartir directivas en ejercicio de sus competencias, no de las atribuidas a otros órganos. Para la Corte, entonces, la norma acusada se refiere a la Directiva Presidencial expedida dentro de la órbita de competencia del propio Presidente de la República.

Sobre la órbita de competencia del Presidente de la República, la Corte Constitucional señaló recientemente que:

> "Según lo dispone el artículo 188 de la Constitución Política, el Presidente de la República simboliza la unidad nacional y, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa (art. 115 C.P.), le corresponde el ejercicio de diversas funciones en cada una de sus calidades. Así, como Jefe de Estado le concierne la dirección de las relaciones internacionales, la seguridad exterior de la República, la declaratoria de guerra con permiso del Senado de la República o, sin su autorización para repeler una agresión extranjera, defiende la independencia y honra de la Nación, la inviolabilidad del territorio, entre muchas otras. Igualmente dentro de sus funciones como Jefe de Gobierno, que conforma con los ministros y jefes de departamento administrativo en

[237] La decisión de congelación de nómina oficial es diferente de la decisión de suspender la provisión de empleos públicos, la cual sí permite la remoción de servidores públicos.

> cada caso, le corresponde dirigir la fuerza pública y, como comandante supremo de las fuerzas armadas de la República disponer de ella; conserva en todo el territorio el orden público y lo reestablece cuando fuere turbado, declara el estado de conmoción y de emergencia cuando proviene de hechos perturbadores del orden económico social. Así mismo, como Suprema Autoridad Administrativa cuenta con la facultad constitucional de nombrar y separar libremente a sus ministros y jefes de departamento administrativo, así como a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y, en general tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes; funciones todas éstas que se encuentran consagradas en el artículo 189 del Estatuto Fundamental.[238]"

En este orden de ideas, la expresión de la norma acusada está supeditando la falta gravísima a que el desacato ocurra respecto de una orden e instrucción dada por el Presidente de la República, actuando como Suprema Autoridad Administrativa. Es decir que, la órbita de competencia de una Directiva Presidencial, no comprende a todos los servidores públicos, sino sólo a aquellos servidores públicos para quienes el Presidente de la República constituye, dentro de la administración, la autoridad superior.[239]

Tanto los diputados de las asambleas departamentales y el gobernador en el orden departamental, así como los concejales y los alcaldes en los órdenes municipal y distrital, son elegidos por los ciudadanos y no son nombrados ni separados libremente por el Presidente de la República[240]. En razón a su investidura de origen popular, respecto de tales servidores públicos, el Presidente no actúa como superior administrativo. En consecuencia, diputados, concejales, gobernadores y alcaldes están excluidos de la órbita de competencia administrativa del Presidente de la República[241], a pesar de que gobernadores y alcaldes puedan, en ciertos ámbitos de gobierno –como la conservación del orden público- actuar como agentes suyos (artículos 303 y 315, numeral 2, de la Constitución Política).[242]

---

[238] C-1172 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra (A.V. Manuel José Cepeda Espinosa).

[239] De esta relación de subordinación limitada, en cuanto al universo de los servidores públicos, dan cuenta los encabezados remisorios de las Directivas Presidenciales que como la reciente Directiva Presidencial 13, del 15 de octubre de 2002, señalan, por ejemplo: "PARA: Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes, Directores de Unidades Administrativas Especiales y Directores, Gerentes o Presidentes de Entidades Descentralizadas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional. DE: Presidente de la República (…)."

[240] Artículo 260 de la Constitución, salvo las excepciones que, en los siguientes términos consagran el artículo 304: "El Presidente de la República, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderá o destituirá a los gobernadores (…)" y el inciso segundo del artículo 314: "El Presidente y los Gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes. (…)"

[241] En este sentido, la Sección segunda del Consejo de Estado, expediente 620 de diciembre de 1986, manifestó: "El presidente de la República es el Jefe de la administración, es cierto, pero sus actos se encuentran circunscritos al marco legal y constitucional, de suerte que las directivas y órdenes que emita serán obedecidas por sus subalternos y agentes, si con ellas no se cercenan las facultades que a estos les otorga la ley."

[242] Ver las Sentencias de la Corte Constitucional, C-179 de 1994, C-295 de 1996 y T-1631 de 2000. En esta última se manifestó que, en los casos en los que el alcalde actúa como un agente del Presidente o del gobernador, como

4. La norma acusada no viola la autonomía de las entidades territoriales

En su cargo, la actora manifiesta que, en virtud de los artículos 150-5, 300-7, 305-5, 305-7, 305-13, 313-6, 313-8, 315-3, 315-7, 315-9 de la Constitución Política, las asambleas departamentales, los concejos municipales, así como los gobernadores y los alcaldes tienen funciones relativas a la administración de personal que les son propias, y que la expresión acusada al obligarlos a acatar las órdenes e instrucciones de congelación de nómina oficial en una Directiva Presidencial, les invade tales facultades constitucionales. El cargo en cuestión trata entonces sobre un eventual desconocimiento de la autonomía de las entidades territoriales que se expresa a través de las atribuciones de la asamblea departamental y el gobernador, al igual que del concejo y el alcalde.

Sobre la autonomía territorial, la Constitución Política señala en su artículo 287 que: *"Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias.2. Ejercer las competencias que les correspondan.3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales."* Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

> "La Constitución de 1991 define al Estado colombiano como una "república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales" (C.P., art. 1º). En este sentido, la unidad de la república no puede confundirse con el predominio absoluto del poder central sobre la autonomía territorial. La definición constitucional requiere una interpretación de la "unidad como el todo que necesariamente se integra por las partes y no la unidad como un bloque".
>
> De acuerdo con ello, la autonomía de las diferentes entidades territoriales no consiste en la simple transferencia de funciones y responsabilidades del centro al nivel territorial sino que se manifiesta como un poder de autogobierno y autoadministración.
>
> La autonomía territorial emana del principio democrático, entre otras razones, porque las autoridades territoriales se constituyen a partir del voto directo y universal de las comunidades. En este sentido la descentralización y la autonomía guardan estrecha relación con el principio de eficiencia de la administración pública. (…)"

---

ocurre con relación al orden público: "(…) en este ámbito, se mantiene una relación jerárquica entre alcaldes, gobernadores y Presidente. Ahora bien, la jerarquía es una relación de supremacía de los funcionarios superiores, respecto de los inferiores, y de subordinación de éstos con aquellos. (…)"

> La autonomía, al ser gubernamental y administrativa, se refiere no sólo a la facultad de dirección política sino también a la potestad de gestión de sus propios recursos. Sin embargo, esta facultad debe ejercerse conforme a la Constitución y la ley, como lo define el artículo 287. (…)
>
> El núcleo esencial de la autonomía territorial se deriva de la posibilidad de gestionar sus propios intereses, entendida como la facultad de constituir sus propias formas de gobierno, de administración local." [243]

Así, en virtud de lo dispuesto por la Carta Política, y tal y como lo defiende la actora, las entidades territoriales gozan de una autonomía que comprende el derecho de gestionar sus propios intereses y, por lo tanto a disponer sobre su nómina oficial dentro del marco de la Ley y la Constitución.

4.1 Inexistencia de violación de las competencias de las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales.

Observa la Corte que el legislador, al establecer como falta gravísima el desacato a órdenes e instrucciones dadas a través de directivas expedidas por el Presidente de la República, dentro de la órbita de su competencia, no está impidiendo que, las asambleas departamentales, a través de ordenanzas, determinen, la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración, la creación de establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del departamento, ni la autorización de la formación de sociedades de economía mixta. La materia a la que se refiere la norma acusada es la congelación de nóminas, y ésta es una decisión que recae exclusivamente sobre el nombramiento y la remoción de servidores públicos, es decir, que en nada toca la estructura misma de la administración departamental, las funciones de sus dependencias ni las escalas de remuneración. Por tanto, la expresión acusada no desconoce el numeral 7º del artículo 300, como lo señala la actora en su escrito. Lo mismo se predica de los concejos municipales y distritales y, por consiguiente, la expresión acusada por la actora tampoco desconoce lo dispuesto por los numerales 6º y 8º del artículo 313 de la Carta Política.

4.2 Inexistencia de violación de las competencias conferidas por la Constitución a los gobernadores y alcaldes como jefes de la administración del departamento, el municipio o el distrito.

La Constitución establece que el gobernador y el alcalde son los jefes de la administración del departamento, del municipio o distrito.

Ahora, si bien es cierto que el gobernador tiene también la calidad de agente del Presidente de la República, como ya se anotó, la Constitución precisó las áreas especificas dentro de las cuales cumple esta función y dentro de éstas no se encuentra

---

[243] Corte Constitucional, Sentencia C-540/01 MP Jaime Córdoba Triviño.

el nombramiento de los servidores de la administración departamental puesto que tal facultad pertenece al ámbito de competencia de la autonomía departamental (artículo 303, CP). Igual ocurre con el alcalde, quien sólo en ámbitos precisos actúa como agente del gobernador o del Presidente (artículo 315, numeral 2, de la CP).

Considerando, entonces, que la directiva presidencial cuyo objeto sea ordenar e instruir sobre el congelamiento de nóminas oficiales, es una decisión que sólo afecta los movimientos en la planta de personal, con ello en nada se restringen las atribuciones del gobernador relativas a la creación, supresión y fusión de los empleos de sus dependencias, el señalamiento de sus funciones especiales, ni la fijación de sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. En ese mismo orden de ideas, dicha directiva tampoco desconoce las atribuciones del alcalde relativas a estas materias. De ahí que la expresión acusada no viole lo dispuesto por el numeral 7º del artículo 305 ni los numerales 7º y 9º del artículo 315 de la Constitución.

Ahora bien, la Constitución también atribuye al gobernador las facultades de (i) *"nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador"* y (ii) de "*escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley"* (numerales 5º y 13º del artículo 305, CP). Así, en estos dos casos el gobernador decide autónomamente sobre la selección de servidores públicos del departamento o que deban desempeñar sus funciones al interior del mismo.

No obstante, existe una diferencia entre las dos facultades citadas porque la segunda, establecida en el numeral 13 del artículo 305, refiere a gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional, no del orden departamental. La autonomía territorial garantiza el ejercicio de la facultad del gobernador consistente en escoger un nombre de la terna, pero no comprende la conformación misma de ésta, puesto que ello es atribución del *"jefe nacional respectivo"* del cual el Presidente de la República es su superior administrativo.[244] Dicho *"jefe nacional"* puede legítimamente

[244] La Corte Constitucional ya subrayó el carácter especial de los jefes de estas seccionales puesto que si bien su nombramiento no corresponde libremente a la autoridad nacional ésta sí puede removerle sin restricción procedimental alguna. La sentencia C-295 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell, al respecto dijo: "*No es exagerado reconocer que la Constitución afianzó y consolidó la descentralización y autonomía de las entidades territoriales, pues éstas no sólo tienen el derecho de gobernarse por sus propias autoridades y designarlas, sino la de escoger a los agentes regionales de los establecimientos públicos nacionales en el departamento (art. 305-13), lo cual revela la forma de participar en la designación de quien va a cumplir programas o tareas complementarias a las que se adelanten por el Departamento. Con ello se armonizan las acciones regionales con las que en el orden nacional llevan a cabo los referidos establecimientos. Llama la atención la circunstancia de que el art. 305-13 de la Constitución no guarda armonía con la disposición antes citada, en el sentido de que crea una categoría especial de funcionarios, pues no son de carrera ni de libre nombramiento por el nominador, porque su designación obedece a una operación compleja, como se explica mas adelante, en la cual su escogencia la hace el gobernador, pero el nombramiento lo realiza el director, gerente o presidente del establecimiento público respectivo. Pese a la perplejidad que produce en el intérprete la referida disposición, dada la circunstancia anotada, hay que entender*

ser destinatario de la directiva presidencial de congelación de nómina y debe acatar las órdenes e instrucciones que al respecto imparta el Presidente de la República. De tal manera que éste no podrá enviar la terna correspondiente si el Presidente le ha ordenado no hacerlo, y, en caso de que la envíe, podría incurrir en la falta gravísima descrita en la norma parcialmente acusada.

Lo dicho anteriormente respecto de la autonomía del gobernador es aplicable al alcalde cuando hace ejercicio de su atribución de "*nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes*" que establece el numeral 3º del artículo 315 superior. La autonomía propia al jefe de la administración local excluye al alcalde de la órbita de competencia del Presidente, en cuanto a sus decisiones de congelación de nóminas oficiales. Así, la Corte encuentra que tampoco hay violación a lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 315 de la Carta Política.

En conclusión, como la expresión de la norma acusada exige expresamente que el Presidente, al ordenar e instruir sobre congelación de nóminas oficiales por medio de Directivas Presidenciales, se limite a la órbita de su competencia, y ésta no comprende la nómina oficial exclusiva de las entidades territoriales, la disposición legal no viola la autonomía territorial protegida por la Constitución y el cargo formulado por la actora no prospera.

Por último, la Corte advierte que lo resuelto en este fallo sólo hará transito a cosa juzgada relativa al cargo de autonomía territorial analizado.

54. No resolver la consulta sobre la suspensión provisional en los términos de ley.

55. El abandono injustificado del cargo, función o servicio.

Jurisprudencia: El texto de este numeral corresponde en similar sentido al texto del numeral 8°, artículo 25 de la Ley 200 de 1995, que fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-769/98**.

---

que en su sabiduría el Constituyente quiso, al emplear la formula que ella contiene, establecer una norma de excepción en la cual convergiera el principio unitario con el de la descentralización administrativa. (…) *El nombramiento de un director regional de establecimiento público no es libre, por parte del director, gerente o presidente del establecimiento, aun cuando si le compete su postulación, a través de las ternas que se le presentan al gobernador, y su nombramiento. Pero se advierte que la remoción de los directores regionales por el Director General si es libre.*

DERECHO DISCIPLINARIO - Remisión a principios del derecho penal

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Alcance

TIPICIDAD - Naturaleza

FALTA DISCIPLINARIA - Abandono injustificado del cargo o del servicio

1. El problema jurídico planteado.

Se reduce a determinar si el acápite normativo acusado viola el derecho al debido proceso al desconocer el principio de legalidad, por no contener, según alega el actor, la descripción detallada de la falta disciplinaria de abandono injustificado del cargo del servicio, esto es, la inclusión de elementos definitorios que de manera precisa determinen las circunstancias en que dicho abandono se configura.

2. La solución al problema.

2.1. En la sentencia T-420/92,[245] cuyos criterios aparecen reiterados en providencias posteriores, la Corte consideró que el derecho disciplinario, por su naturaleza sancionadora, es una especie del derecho punitivo. Ello implica que las garantías sustanciales y procesales del derecho más general, el penal, sean aplicables al régimen disciplinario. Es decir, que ante la ausencia de reglas y principios propios que rijan lo disciplinario, dado que es un derecho en proceso de sistematización y elaboración de los institutos sustanciales y procesales que lo estructuren como una disciplina autónoma, se ha hecho imperioso acudir a los principios y garantías propios del derecho penal.

2.2. Diferentes disposiciones de la Constitución sirven de base para sostener, cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal, en razón de las especificidades que presenta, en atención a su contenido sustancial y a las reglas y principios procesales que deben observarse en el juzgamiento de las faltas disciplinarias (art. 1, 2, 6, 29, 123, 124, 125 inciso 4° y 209 de la Constitución), especificidades que surgen de la naturaleza operativa y realizadora de la administración que demanda respuestas urgentes e inmediatas a la satisfacción de los intereses públicos o sociales, los bienes jurídicos protegidos, como son el patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia administrativas, la especial sujeción frente al Estado en que se encuentra el servidor público, en razón de la relación jurídica que con éste surge al ser investido de la función pública, y de la idea de que dicha función adquiere un carácter instrumental en la medida en que traduce la realización de derechos, valores y principios constitucionales.

[245] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

No resulta admisible, por lo tanto, aplicar las normas penales a lo disciplinario, sin hacer las adaptaciones necesarias que imponen las especificidades antes anotadas. No obstante, mientras el derecho disciplinario no termine el proceso de construcción de las reglas y principios que le son propios las remisiones a los principios, garantías e instituciones penales serán inevitables; aunque no debe llegarse a la situación de extremar la aplicación de éstas en desmedro de las reglas especiales que gobiernan el sistema disciplinario.

En la sentencia C-341/96[246] la Corte se refirió al derecho disciplinario en la Constitución, en los siguientes términos:

"El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Por consiguiente, el sistema normativo que configura dicho derecho regula:

a) Las conductas -hechos positivos o negativos- que pueden configurar falta juzgable disciplinariamente. Es así, como la violación de los deberes, de las prohibiciones o de las inhabilidades o incompatibilidades, a que están sujetos los funcionarios y empleados públicos, es considerado por el respectivo estatuto disciplinario como falta disciplinaria".

"b) Las sanciones en que pueden incurrir los sujetos disciplinados, según la naturaleza de la falta, las circunstancias bajo las cuales ocurrió su comisión y los antecedentes relativos al comportamiento laboral".

"c) El proceso disciplinario, esto es, el conjunto de normas sustanciales y procesales que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria".

"En la sentencia C-280/96[247], al reiterar la naturaleza y finalidad del derecho disciplinario, analizadas en diferentes pronunciamientos, dijo la Corte que "...este es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (C.P. art. 1º), por cuanto de esta manera se 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 (CP arts. 2º y 209). Por ello el derecho disciplinario "está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el

[246] Sentencia C- 341 / 96 M.P. Antonio Barrera Carbonell
[247] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

ejercicio de sus funciones"[248]*, ya que los servidores públicos no sólo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP. art. 6º)".*

"Gran parte de los cometidos del Estado Social de Derecho deben ser realizados por la administración, la cual funda su eficiencia y eficacia en cuanto los pueda traducir en hechos y obras concretos".

"La administración en dicho Estado ha sido instituida para servir a los altos intereses de la comunidad, lo cual se traduce en el deber de desarrollar actividades concretas de beneficio colectivo para satisfacer las necesidades insatisfechas de ésta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone. Ello impone la necesidad de que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, la eficiencia y la moralidad administrativa. Así se asegura, el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y la preservación del patrimonio público, y la buena imagen de la administración, la cual gana legitimidad y credibilidad frente a la comunidad".

2.3. Indudablemente, existen principios, que son comunes tanto al derecho penal como al derecho disciplinario, v.gr. los de legalidad, tipicidad, derecho de defensa, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, *non bis in ídem,* etc.

2.4. El derecho al debido proceso reconocido por el art. 29 de la Constitución, consagra entre las garantías sustanciales y procesales que lo integran, el principio de legalidad, en virtud del cual le corresponde al legislador determinar las conductas o comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos merecedores de protección son reprochables y, por lo tanto, objeto de sanciones. Es decir, que es función del legislador dentro de las competencias que se le han asignado para la conformación de la norma jurídica determinar o describir, en forma abstracta y objetiva, la conducta constitutiva de la infracción penal o disciplinaria y señalar la correspondiente sanción.

El referido principio, que prefigura la infracción y la sanción, tiene un desarrollo específico en la tipicidad. Al paso que aquél demanda imperativamente la determinación normativa de las conductas que se consideran reprochables o ilícitas el principio de tipicidad exige la concreción de la correspondiente prescripción, en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sean las sanciones.

De esta manera la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica.

---

[248] Sentencia C-417/93. MP José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte No. 3.

La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que la tipicidad es un principio rector en materia disciplinaria. Así, en la sentencia C-417/93[249] expresó la Corte:

> *"Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".*

En la sentencia C-280/95[250], expresó:

> *"…. No sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que además, la sanción debe estar predeterminada. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta"*

Los criterios antes expuestos aparecen reiterados en la sentencia C-310/97[251] en la cual se dijo:

> *"...el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado".*
>
> *"También ha dicho que 'uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada'. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa'".*

2.5. El aparte normativo que se acusa califica como falta gravísima el abandono injustificado del cargo o del servicio. Existe una identidad entre esta definición y la contenida en el art. 156 del Código Penal, que dice:

---

[249] M.P. José Gregorio Hernández Galindo
[250] M.P. Alejandro Martínez Caballero.
[251] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

"El empleado oficial que abandone su cargo sin justa causa, incurrirá en interdicción de derechos de 1 a 3 años".

Es evidente que ninguna de estas dos normas define en forma prolija qué debe entenderse por el abandono injustificado del cargo o del servicio. Sin embargo, ello no implica falta del elemento tipicidad en la norma acusada por las siguientes razones:

a) No es fácil establecer de manera precisa, cuándo una norma deja de contener entre sus prescripciones los ingredientes normativos requeridos para producir la certeza en lo relativo a la definición de la conducta; pero lo que si es claro es que se proscriben las definiciones de una generalidad, vaguedad e indeterminación que no ofrecen la necesaria certeza requerida para hacer exigible las consecuencias sancionatorias que se derivan de la conducta descrita y que le otorgan un amplio poder discrecional a la autoridad encargada de aplicar la respectiva norma.

b) Cuando el legislador considera necesario, por razones de técnica legislativa, hacer una descripción genérica de determinado comportamiento humano en un tipo penal, ello de suyo no implica violación del principio de legalidad y de su especie, es decir, el principio del tipicidad, porque el mismo tipo puede contener por sí mismo los elementos normativos necesarios para concretar la conducta punible, e incluso, pueden existir otras normas creadas por aquél, que sirven para complementarlo. Esto último ocurre, principalmente con las disposiciones contravencionales, debido en buena medida, a las numerosas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se presentan las correspondientes conductas y que sirven de fundamento para su valoración jurídica por quienes deben aplicarla. Sobre este punto se ha dicho que "la variabilidad de circunstancias hace casi imposible la minuciosa previsión de las infracciones, algunas de las cuales quedan definidas como desobediencias genéricas,"[252]

c) Tratándose de faltas disciplinarias, cuya aplicación corresponde a las autoridades que supervigilan la conducta oficial de los servidores públicos y a las autoridades administrativas, la doctrina ha admitido la posibilidad de que puedan existir faltas, a partir de la transgresión de deberes o prohibiciones muy generales que se establecen en los estatutos que rigen la Función Pública. De este modo, se concede a dichas autoridades una racional y razonable facultad discrecional para valorar sí la conducta investigada es susceptible de sanción o no.

d) En el caso concreto de la norma acusada encuentra la Corte que ella se ajusta a la Constitución, por las siguientes razones:

Claramente la norma determina que la conducta sancionable es el abandono injustificado del cargo.

Abandonar el cargo, o el servicio, implica la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor

[252] Mesa Velásquez. Luis Eduardo. Lecciones de Derecho Penal.

público. En consecuencia, dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo o del servicio.

Corolario de lo anterior es que el abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria.

3. En conclusión, estima la Corte que la disposición acusada no viola los preceptos invocados por el actor ni ninguna norma constitucional. En tal virtud, será declarada exequible.

56. Suministrar datos inexactos o documentación con contenidos que no correspondan a la realidad para conseguir posesión, ascenso o inclusión en carrera administrativa.

57. No enviar a la Procuraduría General de la Nación dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del fallo judicial, administrativo o fiscal, salvo disposición en contrario, la información que de acuerdo con la ley los servidores públicos están obligados a remitir, referida a las sanciones penales y disciplinarias impuestas, y a las causas de inhabilidad que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía.

58. Omitir, alterar o suprimir la anotación en el registro de antecedentes, de las sanciones o causas de inhabilidad que, de acuerdo con la ley, las autoridades competentes informen a la Procuraduría General de la Nación, o hacer la anotación tardíamente.

59. Ejercer funciones propias del cargo público desempeñado, o cumplir otras en cargo diferente, a sabiendas de la existencia de decisión judicial o administrativa, de carácter cautelar o provisional, de suspensión en el ejercicio de las mismas.

60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.

61. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo.

62. Incurrir injustificadamente en mora sistemática en la sustanciación y fallo de los negocios asignados. Se entiende por mora sistemática, el incumplimiento por parte de un servidor público de los términos fijados por ley o reglamento interno en la sustanciación de los negocios a él asignados, en una proporción que represente el veinte por ciento (20%) de su carga laboral.

63. No asegurar por su valor real los bienes del Estado ni hacer las apropiaciones presupuestales pertinentes.

Parágrafo 1°. Además de las faltas anteriores que resulten compatibles con su naturaleza, también serán faltas gravísimas para los funcionarios y empleados judiciales el incumplimiento de los deberes y la incursión en las prohibiciones contemplados en los artículos 153 numeral 21 y 154 numerales 8, 14, 15, 16 y 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Parágrafo 2°. También lo será la incursión en la prohibición de que da cuenta el numeral 3 del artículo 154 ibídem cuando la mora supere el término de un año calendario ~~o ante un concurso de infracciones en número superior a diez~~ ~~o haber sido sancionado disciplinariamente en tres ocasiones con anterioridad dentro de los cinco años anteriores~~.

Jurisprudencia: El parágrafo 2° ha sido objeto de los siguientes pronunciamientos cuyos apartes sustanciales pertinentes se transcriben a continuación:

1.- La expresión tachada "~~o ante un concurso de infracciones en número superior a diez~~" fue declarada INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-125/03**. Con respecto al resto del texto tachado la Corte ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia **C-1076/02**.

2.- El texto tachado "~~o haber sido sancionado disciplinariamente en tres ocasiones con anterioridad dentro de los cinco años anteriores~~" fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-1076/02**.

SENTENCIA C-1076/02

FALTA DISCIPLINARIA - Reincidencia / **FALTA GRAVÍSIMA** - Haber sido sancionado tres veces dentro de los cinco años anteriores

a) Cargos de la demanda

En cuanto al parágrafo segundo del artículo 48, estima el demandante que la expresión *"o haber sido sancionado disciplinariamente en tres ocasiones con anterioridad dentro de los cinco años anteriores",* viola el artículo 29 superior, puesto que se sanciona al disciplinado por lo que es y no por lo que hizo, dado que al establecer como falta gravísima haber sido sancionado en tres ocasiones con anterioridad dentro de los cinco años anteriores, se determina dicha falta por las condiciones personales del sujeto y no por el dominio del hecho.

b) Problema jurídico

Con relación a la supuesta trasgresión del artículo 29 constitucional por parte del parágrafo 2º, el problema jurídico planteado consiste en establecer si el legislador podía, como lo hizo, consagrar que constituye falta gravísima haber sido sancionado tres veces dentro de los cinco años anteriores.

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

La Corte considera que erigir en falta gravísima la reiteración en faltas disciplinarias, en concreto, las sucedidas en tres ocasiones dentro de los cinco años anteriores, vulnera la Constitución por las razones que pasan a explicarse.

El margen de configuración con que cuenta el legislador, al momento de tipificar un comportamiento como infracción disciplinaria no es ilimitado, tanto menos y en cuanto se trata de faltas gravísimas debido a las severas consecuencias jurídicas y profesionales que aquéllas comportan para quien es destinatario de las mismas.

En el caso concreto, la reincidencia fue utilizada por el legislador como un hecho generador de responsabilidad disciplinaria, sancionable con la imposición de destitución e inhabilidad general, mas no como un criterio constitucionalmente válido para graduar la sanción a imponer, como si se hizo en el literal a) del artículo 47 de la Ley 734 de 2002.

Aunado a lo anterior, la expresión demandada conduce a imponer una sanción disciplinaria manifiestamente desproporcionada por cuanto, al no haberse especificado de qué naturaleza debían ser las tres sanciones disciplinarias anteriores cometidas dentro de los últimos cinco años por el funcionario público, éste se podría ver abocado a la imposición de una destitución e inhabilidad general por la comisión de varias faltas leves.

Adviértase además que los constituyentes de 1991 acogieron el criterio según el cual la persona debe ser sancionada exclusivamente por los actos u omisiones que le sean imputables y no por lo que son como individuos. De tal suerte que resulta constitucionalmente válido desestimular los comportamientos lesivos para el correcto desempeño de la administración pública pero no recurriendo al expediente de erigir en sanción disciplinaria la simple reiteración de un determinado comportamiento.

Por las anteriores razones, la Corte declarará inexequible la expresión *o haber sido sancionado disciplinariamente en tres ocasiones con anterioridad dentro de los cinco años anteriores*, que figura en el parágrafo segundo del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

SENTENCIA C-125/03

CONCURSO EN MATERIA PENAL - Puede trasladarse al terreno del derecho disciplinario

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Sistemas de graduación

PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM - Criterio de agravación de la puniblidad en pluralidad de infracciones de la ley disciplinaria no lo desconoce

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Concurso de faltas en número superior a diez

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD - Concurso de faltas en número superior a diez

Examen de la expresión *"o ante un concurso de infracciones en número superior a diez",* contenida en el parágrafo 2° del artículo 48 de Ley 734 de 2002.

12. Según lo dispuesto por el segundo parágrafo del artículo 48 del Nuevo Código Disciplinario Único -Ley 734 de 2002-, también se configura una falta gravísima *"ante un concurso de infracciones en número superior a diez".*

De manera general la doctrina penal enseña que el concurso o acumulación puede presentarse en tres casos, que corresponden a tres diferentes formas de concurso punible: i) Cuando un mismo comportamiento humano se subsume en dos o más tipos que no se excluyen entre sí, caso en el cual el concurso es *ideal o aparente.*[253] ii)

[253] Cf. Reyes Echandía Alfonso. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Publicaciones Externado de Colombia. Bogotá, 1976.

Cuando varias acciones llevadas a cabo con un mismo propósito, vulneran en diversas ocasiones el interés jurídico protegido por un mismo tipo, caso en el cual se está en presencia de un *delito continuado.*[254] iii) Cuando una o varias acciones u omisiones llevadas a cabo por el mismo agente con finalidades diversas producen una pluralidad de violaciones jurídicas, caso en el cual se presenta un *concurso material o real.*[255]

Obviamente, esta clasificación de los diferentes tipos de concurso puede trasladarse al terreno del derecho disciplinario.

Ahora bien, la figura del concurso en sus diferentes modalidades da lugar la formas especiales de gradación de la sanción aplicable, pues en principio se admite que quien comete varias faltas debe ser mayormente sancionado. Los sistemas usuales para sancionar el concurso han sido: i) El sistema de la *acumulación material* según el cual debe imponerse la suma de las sanciones correspondientes a las faltas o delitos cometidos. ii) El sistema de *absorción* según el cual se debe imponer la sanción correspondiente a la falta o delito más grave. iii) El sistema de la *acumulación jurídica*, que acepta la acumulación de penas pero con un límite fijado por la ley.[256]

Nuestro ordenamiento penal expresamente se refiere al concurso de conductas punibles definiendo la figura y estableciendo las consecuencias jurídicas que conlleva en materia de punibilidad. En efecto, el artículo 31 del Código Penal -Ley 599 de 2002- dice así:

"Artículo 31. Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

"En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

"Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte."

---

[254] Cf. Ibídem

[255] Cf. Ibídem.

[256] Ibídem

El concurso en sus tres distintas modalidades implica un juicio de valor respecto de la adecuación típica de una o varias conductas que no han sido juzgadas. Difiere de la reincidencia en que esta última se produce cuando se vuelve a incurrir en un ilícito después de haber sido condenado por otro anterior, circunstancia que es considerada por el derecho penal como una causa de agravación punitiva.

13. El Código Disciplinario Único -Ley 734 de 2002- contiene dos normas relativas al concurso de faltas: una es justamente el segundo parágrafo del artículo 48, norma parcialmente acusada que ahora se examina. La otra es el artículo 47, no acusado, que expresa al respecto las siguientes reglas:

"Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción.
"...
2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:
Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
Si las sanciones son de multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
Si las sanciones a imponer para cada una de las faltas son la multa o la amonestación, se impondrán todas.

A juicio de la Corte, la norma transcrita establece criterios para la gradación de la sanción en los casos de concurso ideal (con una acción se infringen varias disposiciones), concurso material o real (con una o varias acciones se infringen varias disposiciones) y falta continuada (varias acciones infringen varias veces la misma disposición).

15. Ahora bien, la parte acusada del segundo parágrafo del artículo 48, norma cuya constitucionalidad ahora se examina, dispone que en cualquier caso se estará en presencia de una falta gravísima (que en cuanto tal acarrea la sanción de destitución e inhabilidad general o especial[257]) por la sola presencia de *"un concurso de infracciones en número superior a diez".* Esta expresión admitiría dos interpretaciones: una primera según la cual ella introduce un criterio adicional de incremento de la responsabilidad solamente para el caso de concurso de infracciones no sancionadas hasta entonces; y

---

[257] **Ley 734 de 2002**. **Artículo 44. Clases de sanciones**. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

otra conforme a la cual la mayor responsabilidad se ocasionaría en cualquier caso de pluralidad de infracciones a la ley disciplinaria, incluyéndose, además del concurso, la reiteración, es decir la nueva falta posterior a sanción anterior.

Para la Corte la frase demandada del parágrafo segundo se refiere solamente a los casos de concurso ideal, material y falta continuada, pero no al caso de reincidencia. A esta conclusión llega por dos razones: en primer lugar por el tenor literal de la disposición, que emplea expresamente la palabra *concurso*, noción jurídica distinta a la de *reincidencia* y que se refiere a la situación que se presenta en caso de plurales infracciones a la ley, las cuales no han sido sancionadas con anterioridad. Y de otro lado, porque la reincidencia, que sí supone la agravación de la responsabilidad por el hecho de haber sido juzgado y castigado anteriormente, es el evento regulado expresamente por la oración siguiente contenida dentro del mismo parágrafo segundo, según la cual también se incurre en falta gravísima por *"haber sido sancionado disciplinariamente en tres ocasiones con anterioridad dentro de los cinco años anteriores."* Sobre esta última expresión, como se recuerda, ya recayó un pronunciamiento de inconstitucionalidad contenido en la Sentencia C-1076 de 2002.[258]

16. Hecha la anterior aclaración, debe observarse que la frase bajo examen agrega un nuevo criterio de gradación de la responsabilidad, no contemplado en el artículo 47 pero complementario de los señalados en él, aplicable en todos los casos en que se configura un concurso de infracciones en numero superior a diez, pero que únicamente cobija a los funcionarios y empleados judiciales. No así a los demás servidores públicos. En efecto, la lectura armónica de los parágrafos primero y segundo del artículo 48 lleva a tal conclusión, pues aquél indica que, adicionalmente a las faltas gravísimas descritas en los numerales 1° a 63 del referido artículo 48, *"también serán faltas gravísimas para los funcionarios y empleados judiciales..."* las que a continuación se indican en ese parágrafo, que posteriormente es complementado por las disposiciones del siguiente. Además, los antecedentes del de la Ley en el proceso legislativo muestran que, efectivamente, lo que el legislador buscó con los tres parágrafos del artículo 48 fue establecer, exclusivamente para los funcionarios y empleados judiciales, otras circunstancias en las que se configura la falta gravísima. En este sentido, en la ponencia para primer debate al proyecto de ley, explicando el alcance de los tres parágrafos del artículo 48, se dijo lo siguiente:

"Justificación: Las faltas gravísimas en materia de funcionarios y empleados judiciales no responde a la proporcionalidad con la que se incrementaron las de otros servidores públicos, quedando por fuera otras que, como las señaladas en los parágrafos que se incluyen, reclaman una sanción ejemplar."[259]

De esta manera, si se trata de una suma de infracciones cometidas por un funcionario o empleado judicial que antes no han sido sancionadas, el comportamiento constituye *per*

[258] M.P Clara Inés Vargas

[259] Ponencia para primer debate al proyecto de ley 129 de 2002 Cámara, 19 de 2002 Senado. Gaceta del Congreso N 263. A de junio de 2001.

se una falta gravísima que debe ser castigada como tal. Aquí, sin atender a la gravedad intrínseca del comportamiento o comportamientos aislados con que se infringe la ley disciplinaria, esta pluralidad de lesiones no sancionadas anteriormente hace que se configure una falta gravísima. No hay propiamente una doble sanción, sino un criterio de agravación de la puniblidad derivado de la plural infracción de la ley disciplinaria. Por lo tanto, no se desconoce el principio *non bis in ídem.*

Podría pensarse que el criterio de agravación punitiva contenido en el parágrafo bajo examen establece una causal objetiva de responsabilidad al castigar más severamente al responsable por el solo hecho del concurso. No obstante, ello no es así, pues lo que se sanciona con mayor gravedad es *el acto o actos* llevados a cabo por el funcionario, que resultan ser pluralmente infractores de la ley. Evidentemente, no es lo mismo infringir una vez el régimen disciplinario que hacerlo varias veces y si esta múltiple violación, no juzgada anteriormente, supera ciertos límites, la gravedad de la conducta o conductas y el mayor grado en que se lesiona la función pública puede juzgarse ciertamente como más grave. La mayor responsabilidad obedece a un actuar humano mayormente lesivo de la ley disciplinaria. Se descarta, por lo tanto la responsabilidad objetiva.

17. No obstante, el límite de diez faltas escogido por el legislador podría llegar a considerarse desproporcionado, aparte de irrespetuoso del principio de igualdad. Debe entonces la Corte estudiar tales asuntos.

En relación con el respeto al principio de igualdad, no entiende la Corte por qué razón el concurso de faltas en número superior a diez debe ser considerado como falta gravísima solamente si el sujeto disciplinado es un funcionario o empleado judicial. No así si se trata de cualquier otro servidor público. Si bien podría estimarse, como se acaba de decir, que un concurso de tal naturaleza constituye una conducta que puede ser considerada gravísima, no existe una razón clara para estimar que solo tratándose de la función judicial ella origine un mayor grado de responsabilidad. No aparece un objetivo de rango constitucional que pueda justificar la introducción de este trato desigual entre los funcionarios y empleados judiciales y los demás servidores públicos. Tanto la función judicial, como la administrativa y la legislativa exigen de quienes las cumplen el mismo grado de responsabilidad sin que la pertenencia a una u otra rama del poder público pueda generar la diferencia que introduce la regla que se examina.

De otro lado, en cuanto a la proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador, independientemente del sujeto a quien se le vaya a aplicar, debe tenerse en cuenta que la ley no distingue entre faltas graves o leves, para considerar que un concurso de cualquiera de ellas en número superior a diez se erija en falta gravísima. Quiere ello decir que igualmente se configura una falta gravísima por un concurso de más de diez infracciones graves, de más de diez infracciones leves o de más infracciones de una y otra connotación.

El principio de proporcionalidad en materia disciplinaria es definido por el mismo legislador. El artículo 18 de la propia Ley 734 de 2002, antes trascrito, se recuerda, dice así:

"Artículo 18. Proporcionalidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley."

Se pregunta entonces la Corte si le era posible al legislador sancionar con idéntico rigor a quien comete más de diez faltas leves que a quien comete más de diez faltas graves, considerando que en cualquiera de las dos hipótesis el solo concurso que por tal razón se presenta hace que la responsabilidad del funcionario sea la equivalente a la culpa gravísima, que conlleva destitución e inhabilidad general o especial.

La regla bajo examen permitiría, por ejemplo, que si un funcionario o empleado judicial incumpliera por más de diez veces con el deber que incumbe a todo servidor público de *"registrar en la oficina de recursos humanos, o en la que haga sus veces, su domicilio o dirección de residencia y teléfono, y dar aviso oportuno de cualquier cambio",* fuera sancionado de la misma manera que si llegara a *"ocasionar la muerte en forma deliberada, y dentro de un mismo contexto de hechos, a varias personas que se encuentren en situación de indefensión, por causa de sus opiniones o actividades políticas, creencias religiosas, raza, sexo, color o idioma".* En efecto, una y otra conducta serían consideradas indistintamente como falta gravísima pues, según las voces del artículo 34 de la Ley bajo examen, es deber de todo servidor registrar su domicilio y teléfono, deber cuyo incumplimiento da lugar a que se incurra en falta disciplinaria grave o leve [260], pero que al repetirse por más de diez veces deviene en gravísima, por lo cual es sancionada en igual forma que el homicidio intencional de varias personas (pueden ser incluso más de diez...), causado por razones de intolerancia.

18. En este punto debe la Corte recordar su jurisprudencia sostenida[261], sentada en relación con la proporcionalidad de las sanciones penales, según la cual el examen de la suficiencia o el exceso de una sanción penal respecto del delito para el cual se contempla implica un juicio de valor que, salvo en aquellos casos de desproporción manifiesta o evidente irrazonabilidad, escapa a las atribuciones del juez constitucional.

Sobre este tema ha dicho, por ejemplo, que *"bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos*

[260] Para precisar si se trata, en cada caso, de una falta grave o leve, debe acudirse a los criterios que para ese efecto se señalan en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002.

[261] Cf., entre otras, las sentencias C-037 de 1997, C-565 de 1993, C-070 de 1996, C-118 de 1996.

puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado." Es decir, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, adoptar la política criminal que se adecue a la situación social del momento y al juicio que en determinada circunstancia llegue a hacer de la incidencia social de ciertas conductas ilícitas. Es este un terreno donde confluye un amplio margen de discrecionalidad, al cual corresponde un correlativo examen laxo de constitucionalidad. Por eso, sólo en el evento de desproporcionalidad manifiesta podría la Corte retirar del ordenamiento la disposición que fija una sanción penal.

Los anteriores criterios vertidos en materia de política criminal, bien pueden ser trasladados al terreno del derecho disciplinario, que también constituye una faceta de la actividad punitiva del Estado. De esta manera, solo en caso de desproporción manifiesta de la sanción prevista cabría retirar la declaración de inexequibilidad de la disposición correspondiente.

19. Pues bien, en el caso de la regla que se examina, a juicio de la Corte se presenta una desproporcionalidad manifiesta que la obliga a retirar la frase acusada del ordenamiento, por resultar inconstitucional. En efecto no se atiende a parámetros de equidad y razonabilidad cuando se sanciona de igual manera un concurso de igual número de faltas leves o de faltas graves, equiparándolas, sin atender a ninguna otra circunstancia, a la falta gravísima originaria de la mayor responsabilidad disciplinaria. En tal virtud se desconoce el valor fundamental de la justicia, sobre el cual se edifica todo el régimen jurídico.

Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 43 de la Ley 734 de 2002 indica una serie de criterios que deben ser utilizados para determinar la gravedad o levedad de una falta[262] y que el artículo 47, anterior al acusado y al cual se hizo referencia,

---

[262] **Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta.** Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.

2. La naturaleza esencial del servicio.

3. El grado de perturbación del servicio.

4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.

5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

7. Los motivos determinantes del comportamiento.

8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

consigna una regla de incremento de la responsabilidad para cualquier caso de concurso de infracciones. Criterios éstos que son suficientes para graduar la punibilidad en los casos de concurso de faltas atendiendo a criterios como el grado en que la conducta afecta el correcto desempeño de la función pública, el mayor o menor grado de culpabilidad, las circunstancias particulares y modalidades en que se lleva a cabo la infracción, el nivel jerárquico del servidor publico, etc., de manera que el retiro del ordenamiento de la expresión acusada no impide efectuar la graduación punitiva aludida.

Parágrafo 3°. También será falta gravísima la incursión en la prohibición de que da cuenta el numeral 10 del artículo 154 ibídem cuando el compromiso por votar o escoger una determinada persona se realiza entre varios funcionarios o empleados a cambio del apoyo a otro u otros, de una decisión o de la obtención de un beneficio cualquiera.

Parágrafo 4°. También serán faltas gravísimas para los servidores públicos que ejerzan dirección, administración, control y vigilancia sobre las instituciones penitenciarias y carcelarias:

a) Procurar o facilitar la fuga de un interno o dar lugar a ella;

b) Introducir o permitir el ingreso, fabricar, comercializar armas, municiones, explosivos, bebidas embriagantes, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o insumos para su fabricación;

c) Introducir o permitir el ingreso de elementos de comunicación no autorizados, tales como teléfonos, radios, radioteléfonos, buscapersonas, similares y accesorios;

d) Contraer deudas o efectuar negocios de cualquier índole con los reclusos o con sus familiares;

e) Facilitar a los internos las llaves o implementos de seguridad que permitan el acceso a las dependencias del establecimiento;

f) Llevar a los internos a lugares diferentes del señalado en la orden de remisión o desviarse de la ruta fijada sin justificación;

g) Dejar de hacer las anotaciones o registros que correspondan en los libros de los centros de reclusión o no rendir o facilitar los informes dispuestos por la ley o los reglamentos a la autoridad competente sobre novedades, incautaciones de elementos prohibidos, visitas, llamadas telefónicas y entrevistas;

h) Ceder, ocupar o dar destinación diferente sin autorización legal a las Casas Fiscales;

i) Realizar actos, manifestaciones, que pongan en peligro el orden interno, la seguridad del establecimiento de reclusión o la tranquilidad de los internos;

j) Negarse a cumplir las remisiones o impedirlas, interrumpir los servicios de vigilancia de custodia, tomarse o abandonar las garitas irregularmente, bloquear el acceso a los establecimientos, obstaculizar visitas de abogados o visitas de otra índole legalmente permitidas;

k) Tomar el armamento, municiones y demás elementos para el servicio sin la autorización debida o negarse a entregarlos cuando sean requeridos legalmente;

l) Permanecer irreglamentariamente en las instalaciones;

m) Disponer la distribución de los servicios sin sujeción a las normas o a las órdenes superiores;

n) Actuar tumultuariamente, entorpeciendo el normal y libre funcionamiento de los establecimientos de reclusión;

o) Causar destrozos a los bienes afectos a la custodia o inherentes al servicio;

p) Retener personas;

q) Intimidar con armas y proferir amenazas y en general;

r) Preparar o realizar hecho s que afecten o pongan en peligro la seguridad de los funcionarios, de los reclusos, de los particulares o de los centros carcelarios;

s) Declarar, incitar, promover huelgas o paros, apoyarlos o intervenir en ellos o suspender, entorpecer los servicios y el normal desarrollo de las actividades del centro de reclusión en cualquiera de sus dependencias;

t) Establecer negocios particulares en dependencias de establecimientos carcelarios.

Parágrafo 5°. Las obligaciones contenidas en los numerales 23, 26 y 52 sólo originarán falta disciplinaria gravísima un año después de la entrada en vigencia de este Código. El incumplimiento de las disposiciones

legales referidas a tales materias serán sancionadas conforme al numeral 1 del artículo 34 de este código.

Artículo 49. ***Causales de mala conducta.*** Las faltas anteriores constituyen causales de mala conducta para los efectos señalados en el numeral 2 del artículo 175 de la Constitución Política, cuando fueren realizadas por el Presidente de la República, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación.

Jurisprudencia: Artículo declarado EXEQUIBLE por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

FUERO DISCIPLINARIO - No implica sanción más benévola **/ FALTA DISCIPLINARIA** - Faltas gravísimas y causales de mala conducta

a) Cargos de la demanda

El actor manifiesta que el artículo 49 demandado es violatorio del derecho a la igualdad pues no encuentra objetivamente razonable el trato diferenciado que el legislador le da al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación, en tanto para ellos es tan solo una causal de mala conducta lo que para los demás funcionarios públicos sería una falta gravísima.

b) Problema jurídico

La Corte ha de analizar si la norma en cuestión privilegia de forma irrazonable, injustificada y desproporcionada al grupo de altos funcionarios enumerados en el artículo 175 de la Carta, por cuanto para ellos las faltas gravísimas se constituyen en causales de mala conducta.

(…)

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

El artículo 49 de la Ley 734 de 2002 reproduce, parcialmente, lo establecido en artículo 26 de la Ley 200 de 1995, a cuyo tenor:

> "Las faltas anteriores constituyen causales de mala conducta para los efectos señalados en el numeral 2o. del artículo 175 de la Constitución Política cuando fueren realizadas por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Contador General, Procurador General de la Nación, Auditor General y Miembros del Consejo Nacional Electoral."

Ambas normas, la vigente y la derogada, apuntan en una idéntica dirección: asegurar el respeto por el fuero disciplinario por el que se encuentran cobijados los más altos dignatarios del Estado.

No se trata de establecer un privilegio odioso o de una prerrogativa a favor de los mismos sino de una garantía contra las interferencias por parte de unos órganos en el ejercicio de las funciones constitucionales de otros. Así pues, el fuero disciplinario, institución de clara raigambre constitucional (art. 174 y numerales 3 y 4 del art. 178 de la Carta Política) se endereza, en el caso del Presidente de la República, a salvaguardar su dignidad, y en relación con los Magistrados de las Cortes y del Fiscal General de la Nación, la norma se encamina a preservar la autonomía judicial de estos funcionarios.

La existencia de un fuero disciplinario, tampoco conduce, en el ámbito procesal, al adelantamiento de un trámite menos estricto para el funcionario público sujeto a una investigación de esta naturaleza, ni mucho menos, como equívocamente lo sostiene el actor, a la imposición de una sanción más benévola. Todo lo contrario. Una interpretación sistemática de los artículos 48 y 49 de la Ley 734 de 2002, en consonancia con el numeral segundo del artículo 175 de la Carta Política, indica que las *causales de mala conducta* equivalen a las *faltas gravísimas*, y por ende la sanción en ambos casos es la misma: destitución e inhabilidad general. De tal suerte, que la norma acusada, no vulnera el principio de igualdad, y constituye, se insiste, un claro desarrollo de los preceptos constitucionales referenciados.

En suma, es la Constitución, en su artículo 175 numeral segundo la que establece directamente la sanción a imponer a los Magistrados de las Cortes cuando quiera que estos funcionarios públicos incurran en una falta disciplinaria. Por su parte, el legislador, actuando legítimamente dentro de los parámetros de su libertad de configuración normativa, estableció las causales de mala conducta por las cuales podían ser sancionados los mencionados servidores públicos.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 49 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en esta sentencia.

Artículo 50. ***Faltas graves y leves.*** Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código.

Jurisprudencia: Mediante sentencia **C-158/03** la Corte Constitucional ordenó estarse a lo resuelto en la providencia **C-708/99** y resolvió declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 50 de la Ley 734 de 2002

El artículo 27 de la Ley 200 de 1995 igualmente trataba de los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta y fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-708/99** "en lo referente al cargo estudiado". Los apartes sustanciales se encuentran entre las providencias que están a continuación del numeral 9 del artículo 43.

Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima.

Jurisprudencia: Inciso 3° declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-124/03**. Los apartes pertinentes se encuentran en seguida del numeral 9 del artículo 43.

Artículo 51. ***Preservación del orden interno.*** Cuando se trate de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará ~~por escrito~~ la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno.

Este llamado de atención ~~se anotará en la hoja de vida y~~ no generará antecedente disciplinario.

~~En el evento de que el servidor público respectivo incurra en reiteración de tales hechos habrá lugar a formal actuación disciplinaria~~.

Jurisprudencia: La Corte Constitucional mediante sentencia **C-124/03** ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia **C-1076/02** que declaró exequible el inciso 1º del art. 51 de la Ley 734 de 2002, salvo la expresión *"por escrito"*, que declaró INEXEQUIBLE.

De igual manera declaró EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 51 salvo la expresión *se anotará en la hoja de vida y*.

Así mismo, declaró INEXEQUIBLE el inciso tercero del mismo artículo.

CONDUCTAS QUE AFECTAN EL ORDEN INTERNO - Llamado de atención por escrito

LLAMADO DE ATENCIÓN - Se debe valorar la situación del afectado

LLAMADO DE ATENCIÓN - Ausencia de ilicitud sustancial de la conducta

LLAMADO DE ATENCIÓN - Anotación en la hoja de vida en conductas que afectan el orden interno

LLAMADO DE ATENCIÓN - Reiteración de la conducta no genera formal actuación disciplinaria

a) Cargos de la demanda

Manifiesta el demandante que cuando artículo 51 consagra que ante circunstancias de menor grado que no afecten sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará por escrito la atención al autor del hecho, sin que sea necesario acudir a formalismo procesal alguno, se viola el derecho a la defensa dado que es indispensable una actuación administrativa así sea para ventilar un asunto de poca relevancia en donde se pueda contradecir el llamado de atención.

b) Problema jurídico

Determinar si la norma cuestionada niega el derecho de defensa, por consagrar que el funcionario público que con una conducta de menor entidad contraríe el orden administrativo interior de cada dependencia, sin afectar en sustancialmente la función, se hará acreedor a una llamada de atención escrita por parte de su jefe inmediato, sin que sea necesario acudir a instancias procesales.

(…)

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

Aunque el cargo de la demanda se dirige exclusivamente contra la expresión *sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno*, que figura en el primer inciso del artículo 51 de la Ley 734 de 2002, considera la Corte que el ejercicio de una adecuada interpretación constitucional no puede limitarse a tomar en consideración, de manera aislada, el enunciado invocado en este caso por el demandante sino que es preciso situarlo en un contexto determinado, el cual será objeto del respectivo control de constitucionalidad. Quiero ello decir que, en el presente asunto, la Corte estima necesario examinar de manera global el artículo 51 del nuevo Código Disciplinario Único, vale decir, la expresión demandada constituye tan solo uno de los elementos que integran la figura regulada, que aisladamente carece de contenido normativo autónomo, y por ende, es preciso examinar el todo.

En este orden de ideas, la finalidad del artículo 51 del nuevo Código Disciplinario Único es clara: diseñar medidas encaminadas a preservar el orden interno y la disciplina en las instituciones del Estado, efecto para el cual se prevén los llamados de atención que hace el superior jerárquico a su subordinado. Como se trata de comportamientos que alteran el orden interno de las instituciones pero sin comprometer sustancialmente los deberes funcionales del sujeto disciplinable, es comprensible que esa medida no se rodee de connotaciones procesales y de los formalismos inherentes a las actuaciones de esa índole.

Con todo, el hecho que la norma permita la realización de un llamado de atención por parte de un superior a sus subalternos sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno no impide que éstos sean escuchados pues, por más informal que sea ese llamado, la promoción del orden institucional se logra si se conoce la situación por la que atravesó el sujeto disciplinable, no sólo a través de las referencias de terceros sino por medio de la propia reseña que éste realice lo ocurrido. Choca con la racionalidad de una democracia constitucional la realización de un llamado de atención que sea fruto de un acto unilateral de poder y no de una decisión razonable que tenga en cuenta y valore la situación del afectado.

En ese marco si se trata de una actuación sin formalismos procesales, no se advierte motivos para que el llamado de atención si se rodee de los mismos, al consignarse por escrito pues tal decisión debe obedecer a la misma lógica de la actuación que le precedió. No puede discutirse que un llamado de atención afecte la hoja de vida del servidor y por ello se opone a la finalidad de la norma y a su cumplimiento mediante actuaciones desprovistas de solemnidad alguna. Por este motivo, se declarará la inexequibilidad de la expresión "*por escrito*" que hace parte del inciso primero del artículo 51.

De otro lado, la Corte advierte que la alteración del orden interno que conduce a un llamado de atención, en las condiciones que se han indicado, se caracteriza por no afectar los deberes funcionales del servidor público, circunstancia que habilita que se prescinda de formalismos procesales. No obstante, lo dispuesto en el inciso segundo

del artículo 51, en el sentido de que el llamado de atención se anotará en la hoja de vida, pierde de vista la ausencia de ilicitud sustancial de la conducta que condujo al llamado de atención pues no puede desconocerse que esa anotación le imprime a aquél un carácter sancionatorio. Ello es así al punto que cualquier persona que tenga acceso a la hoja de vida del servidor, no valorará ese llamado de atención como un mérito sino como un reproche que se le hizo al funcionario y es claro que esto influirá en el futuro de aquél. Esta consecuencia es irrazonable si se parte de considerar que el presupuesto que condiciona el llamado de atención y no la promoción de una actuación disciplinaria es la ausencia de ilicitud sustancial en el comportamiento. Por tal motivo, la Corte declarará inexequible la expresión "*se anotará en la hoja de vida*" que hace parte del inciso segundo del artículo 51.

Finalmente, si se tiene en cuenta que el fundamento de la institución del llamado de atención está constituido por la comisión de una conducta que contraría en menor grado el orden administrativo interno sin llegar nunca a afectar los deberes funcionales del servidor, es manifiesta la inconstitucionalidad de una regla de derecho según la cual la reiteración en tal conducta genera formal actuación disciplinaria.

En efecto, una actuación de esta índole sólo puede promoverse si el servidor ha incurrido en un ilícito disciplinario y el fundamento de éste viene dado, según el artículo 5 de la Ley 734, por la afección del deber funcional sin justificación alguna. Luego, si el hecho en el que incurre y reitera el funcionario se caracteriza precisamente por no estar dotado de ilicitud sustancial, ¿cómo puede promoverse una formal actuación si se sabe que no está satisfecha la exigencia de ilicitud sustancial de la conducta?

La regla de derecho que se analiza pierde de vista que la suma de actos irrelevantes, desde el punto de vista de la ilicitud sustancial disciplinaria, es también irrelevante y que por ello con la sola reiteración de actos de esa índole no puede promoverse investigación disciplinaria alguna. Hacerlo implicaría generar un espacio para que al servidor se le reproche una falta disciplinaria a sabiendas de que en su obrar no concurre el presupuesto material de todo ilícito de esa naturaleza. Entonces, como no se satisface el presupuesto sustancial de la imputación disciplinaria, la Corte retirará del ordenamiento jurídico el inciso tercero del artículo 51 de la Ley 734 de 2002.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el inciso primero del artículo 51 de la Ley 734 de 2002, salvo la expresión *por escrito* que se declarará inexequible. Declarará, de igual manera, exequible el inciso segundo del artículo 51 de la misma ley, salvo la expresión *se anotará en la hoja de vida y*. Así mismo, declarará inexequible el inciso tercero del mismo artículo.

Artículo 52. *Normas aplicables.* El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos.

Artículo 53. ***Sujetos disciplinables.*** El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Jurisprudencia: Las expresiones "*que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales*" y "*presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política*" contenidas en el primer inciso del artículo 53 fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional en sentencia **C-037/03**.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Responsabilidad de los particulares

PRIVATIZACIÓN - Ejercicio directo de funciones administrativas

FUNCIONES PÚBLICAS - Límites que impiden su atribución a los particulares

FUNCIONES ADMINISTRATIVAS - Límites que impiden su atribución a los particulares

FUNCIONES ADMINISTRATIVAS - Atribución directa por la ley a una organización de origen privado

FUNCIONES ADMINISTRATIVAS - Atribución de su ejercicio directo a particulares mediante previsión legal por vía general / **FUNCIONES ADMINISTRATIVAS** - Imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga

FUNCIONES ADMINISTRATIVAS - Atribución mediante constitución de asociaciones y fundaciones de participación mixta

PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS - Grado especial de responsabilidad

PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS - Responden por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE PARTICULARES - El criterio subjetivo de la relación especial de subordinación

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE PARTICULARES - El criterio material de la función pública y el interés público

EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS - Ámbito del control disciplinario

FUNCIÓN PÚBLICA - Concepto

FUNCIÓN PÚBLICA - Contenido

FUNCIÓN PÚBLICA - Ámbito normativo

SERVICIO PÚBLICO - Contenido

SERVICIO PÚBLICO - Ámbito normativo

SERVICIOS PÚBLICOS - La regulación el control y vigilancia corresponde al Estado

FUNCIÓN PÚBLICA - No se asimila a servicio público

PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIONES PÚBLICAS - Se encuentra sometido a los mismos controles que los servidores públicos

PARTICULAR QUE PRESTA UN SERVICIO PÚBLICO - No cumple una función pública objeto de control disciplinario

PARTICULAR QUE PRESTA UN SERVICIO PÚBLICO - Aplicación excepcional del régimen disciplinario

PARTICULAR QUE PRESTA UN SERVICIO PÚBLICO - Ejercicio de potestades inherentes al Estado

SERVICIOS PÚBLICOS A CARGO DEL ESTADO - Alcance de ésta expresión

COSA JUZGADA MATERIAL - No se configura en la expresión “que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales”

RÉGIMEN DISCIPLINARIO - Aplicación al particular interventor de un contrato estatal que ejerce funciones públicas

CONTRATO DE INTERVENTORÍA - Reglamentación

CONTRATO DE INTERVENTORÍA - Objeto

CONTRATO DE INTERVENTORÍA - Atribución de potestades al contratista que implican el ejercicio de funciones públicas

PARTICULARES DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA - Aplicación del criterio material

3. Asuntos objeto de decisión en esta sentencia

(…)

1. Si la expresión *"que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales"*, contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 -en el que se establece el listado de particulares sometidos al régimen disciplinario especial contemplado en el Libro III Ibídem-, vulnera el artículo 243 constitucional por reproducir una norma declarada inexequible en la Sentencia C-280 de 1996, sentencia donde la Corporación declaró la inexequibilidad de algunos apartes de los artículos 29[263] y 32[264] de la Ley 200 de 1995 y señaló específicamente que dado que "entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos".

2. Si la expresión *"Presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política"* contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 -en el que se establece el listado de particulares sometidos al régimen disciplinario especial contemplado en el Libro III Ibídem-, vulnera el artículo 365 superior

---

263 *"Artículo 29.- SANCIONES PRINCIPALES. Los servidores públicos estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:*
(...)
2. Multa con destino a la entidad correspondiente, hasta el equivalente de noventa (90) días de salarios devengado en el momento de la comisión de la falta. En los casos que se haya decretado la suspensión provisional la multa será pagada con el producto de los descuentos que se le hayan hecho al disciplinado.
(...)
5. Suspensión del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales, hasta por noventa (90) días.

6. Terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales.
(...)
9. Pérdida de la investidura para los miembros de las corporaciones públicas, de conformidad con las normas de la Constitución y la ley que la regule."

264 *"Artículo 32.- LIMITE DE LAS SANCIONES. Las faltas leves dan lugar a la aplicación de las sanciones de amonestación escrita con anotación en la hoja de vida o multa hasta 10 días del salario devengado en el momento de cometer la falta, con la correspondiente indexación.*

Las faltas graves se sancionan con multa entre once (11) y noventa (90) días del salario devengado al tiempo de cometerlas, suspensión en el cargo hasta por el mismo término o de prestación de servicios hasta por tres (3) meses, teniendo en cuenta los criterios señalados en el artículo 27 de esta ley.

Las faltas gravísimas serán sancionadas con terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales, destitución, desvinculación, remoción o pérdida de investidura."

en cuanto permite al Estado extender sus actuaciones mas allá de la regulación, control y vigilancia a que alude dicho texto constitucional. Con lo que se desbordaría el ámbito constitucional del control disciplinario y se desconocería que si bien el Legislador puede determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas (art. 123 C.P.), en el caso de la prestación de servicios públicos por particulares no se genera una situación de subordinación al Estado que sería indispensable para que una persona pueda ser sujeto del poder disciplinario.

Así mismo si dicha expresión desconoce los artículos 84 y 333 superiores, en particular en el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, sometidas al derecho privado y a la libertad de empresa, en cuanto afectaría el marco normativo fijado por la ley para las mismas.

(…)

4. El análisis de los cargos

4.1 El análisis de los cargos contra los apartes acusados del primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002

Dada la relación que necesariamente guarda la acusación hecha contra los diferentes apartes impugnados del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 -donde se establece el listado de particulares sometidos al régimen disciplinario especial contemplado en el Libro III Ibídem- , la Corte estudiará en un mismo acápite los cargos planteados al respecto por el actor.

4.1.1 Consideraciones preliminares

Previamente la Corporación estima necesario hacer algunas consideraciones en torno a (i) la responsabilidad del particular que cumple funciones públicas en el Estado Social de Derecho, (ii) los particulares como destinatarios de la Ley disciplinaria y la evolución jurisprudencial en la materia, (iii) el entendimiento dado por la Constitución a las nociones de función pública y de servicio publico y la imposibilidad de asimilar la prestación por un particular de un servicio público con el ejercicio de funciones públicas, y (iv) el alcance del artículo 366 constitucional, las que resultan pertinentes para el análisis de constitucionalidad de los textos acusados.

4.1.1.1 La responsabilidad del particular que cumple funciones públicas en el Estado Social de Derecho

Como ya lo ha señalado en otras oportunidades esta Corporación[265], uno de los elementos mas importantes en el proceso de conformación del Estado Social de Derecho lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el

[265] Ver Sentencia C-233/02 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis.

principio de responsabilidad, mirado no solamente desde la orbita del Estado sino también de la de los particulares.

La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el papel de los agentes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la ampliación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras[266], manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas[267].

La Constitución de 1991 estableció en este sentido -artículo 90-, la cláusula general de responsabilidad patrimonial que cabe por el daño antijurídico que sea imputable al Estado, por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que ha significado un importante avance para garantizar a los ciudadanos el resarcimiento de los perjuicios que les hayan sido causados con ocasión del ejercicio de funciones públicas.

El mismo artículo estableció la obligación a cargo del Estado de repetir contra el agente por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. Esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del Constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas[268]. El Constituyente también quiso en este sentido someter al servidor público a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como a estrictas reglas de conducta que garanticen la moralidad pública y el ejercicio de las funciones a ellos atribuidas orientado siempre a la defensa del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.

La noción de servidor público establecida en la Carta[269] tiene así una connotación finalista y no puramente nominal. Al respecto, recuérdese que conforme al artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras razones, “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” y cómo al tenor

---

[266] La puesta en evidencia de los intereses colectivos, dentro de los cuales se incluye la moralidad pública como uno de los derechos a proteger se inscribe igualmente en este sentido.

[267] Ibídem Sentencia C-233/02 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis

[268] Ver Gaceta Constitucional lunes 22 de abril de 191. Informe Ponencia Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares.

[269] "Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

"La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

del artículo 209 constitucional son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los "(…) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (…)".

Ahora bien, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de Derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Así, la Carta señala que sectores tan importantes como la salud (art. 49 C.P.), la seguridad social (art. 48 C.P.), la educación (art. 67 C.P.), la ciencia y la tecnología (art. 71 C.P.), la protección especial de la personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), de los niños (art. 44 C.P.) y de los discapacitados (art. 47 C.P.), no son responsabilidad única del Estado, sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su desarrollo.

De otra parte, cabe recordar que enmarcada la participación como derecho-deber (arts. 2 y 95 C.P.) se abre igualmente un sinnúmero de posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas y participen en la vigilancia de la gestión pública (art. 270 C.P.).

En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión autentica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole.

Sobre el particular ha dicho que:

> *"Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole."*[270]

En cuanto al ejercicio directo de funciones administrativas cabe precisar que en la sentencia C-866 de 1999, luego de recordar los antecedentes contenidos en las

[270] Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

sentencias C-166 de 1995 y C-316 de 1995, diferenció claramente este fenómeno con el de la privatización.

Dijo la Corte:

> *"...resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción.*
>
> *5. Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta.*
>
> *La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos".*

En la misma sentencia C-866/99 donde se examinó la constitucionalidad de los artículos 110 y 111 de la ley 489 que establecen el régimen de los particulares que temporalmente desempeñan funciones administrativas, -las cuales deben ser atribuidas mediante actos administrativos y convenios, que fijarán, en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución, en los términos de los artículos 123 y 210 de la Constitución-, la Corte precisó que no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares mediante este mecanismo, sino que la Constitución y en determinados casos la ley establecen límites que impiden la atribución a los particulares de funciones (i) de contenido político o gubernamental, (ii) de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, (iii) "exclusivas" de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública, (iv) de aquellas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas y que por tanto requieren de norma constitucional o legal expresa y directa para ser atribuidas como el caso de determinadas funciones atribuidas a los notarios y a las Cámaras de Comercio (v) o que vacíen de contenido la competencia de la autoridad que las otorga.

Al respecto señaló:

"(…) La Corte entiende que en este campo de las funciones propiamente administrativas es en donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, y no en aquellas otras de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues a la atribución de las mismas a particulares no se refieren las normas constitucionales pertinentes. Este es pues, el primer criterio de delimitación. Empero, no todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución la Rama Ejecutiva pueden ser transferidas a los particulares, pues de la Carta se deduce una serie más de limitaciones.

7.2 En efecto, en primer término la propia Constitución prohíbe la asignación de ciertas funciones a particulares, al considerarlas "exclusivas" de las autoridades administrativas. En este sentido, por ejemplo, las funciones que ejerce la Fuerza Pública son únicamente suyas, como se deduce del artículo 216 superior, según el cual dicha fuerza está integrada "en forma exclusiva, por las Fuerzas Militares y de Policía Nacional", asunto sobre el cual la Corporación se pronunció:

"En esos términos, el servicio público de policía está íntimamente ligado al orden público interno, y únicamente puede estar a cargo del Estado, a fin de garantizar su imparcialidad. Resulta además claro que a la prestación del servicio público de policía no pueden concurrir los particulares, y así lo precisa el artículo 216 de la Carta Política al estipular que "la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional" [271]

Así pues, el primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad.

7.3 Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Así por ejemplo, la propia ley demandada en esta causa, en aparte no acusado, indica que si bien ciertas funciones administrativas son atribuibles a los particulares, "el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función."[272]

7.4 Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6° de la Carta, y que, según el conocido aforismo jurídico nemo dat quod non habet, indica que las autoridades administrativas solamente pueden

---

271 Sentencia C-020 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

272 Ley 489 de 1998, artículo 10, inciso 2°.

atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios.

Esta limitación indica, adicionalmente, que la atribución de funciones administrativas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas, requiere de norma constitucional o legal expresa y directa, distinta de aquella otra que, como la ley bajo examen, regula de manera general las condiciones de otorgamiento de la función administrativa a particulares. Un ejemplo de esta atribución directa se encuentra en la norma superior que otorga a los notarios el ejercicio de la función fedante, o en la disposición legal que atribuye a las cámaras de comercio el llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar y certificar las costumbres mercantiles, etc.

7.5 Por último, encuentra la Corte que la atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. Si, en los términos del artículo 2° de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de causa final que justificara su investidura, con lo cual ella –la investidura- perdería sustento jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones.

Así pues, la Corte encuentra que le asiste razón al demandante cuando afirma que no todo tipo de funciones administrativas pueden ser atribuidas a los particulares; empero, no acoge el criterio orgánico al cual él acude para fijar el límite, según el cual sólo cabe tal atribución en las funciones que son ejercidas actualmente por el sector descentralizado de la Administración (descentralización por servicios). Entiende, en cambio, que los criterios de restricción son los anteriormente expuestos, que resultan de la interpretación sistemática de la Constitución y de

principios de derecho público comúnmente admitidos en nuestra tradición jurídica"[273].

En el mismo sentido la Corte ha explicado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de variados supuestos, entre los que pueden enunciarse[274]:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

Esta ha sido la modalidad utilizada cuando el Estado ha querido vincular a las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales) para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado, y propendan, mediante ellos, a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen ni puedan ser apartados de sus prístinas e indispensables finalidades[275].

b) La previsión legal, por vía general, de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite "*la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga*"[276]. Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 á 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la Corte[277].

No sobra recordar que la Corte al analizar la posibilidad constitucional de que los particulares sean encargados del ejercicio de funciones administrativas (aspecto común a los supuestos que se han enunciado), ha expresado que las condiciones en que aquellos puedan cumplir las funciones administrativas son las que señale la ley y que si bien es cierto que tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, según lo prevea la propia ley para un caso[278], ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas. Queda librado a la potestad de configuración del legislador señalar

---

[273] Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonnel, Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.

[274] Ver Sentencia C- 543/2001 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis

[275] Al respecto Ver por ejemplo la sentencia C-308 de 1994, en la que se analizó el caso de los recursos confiados a la Federación Nacional de Cafeteros. Así mismo ver la Sentencia C-543/01 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis

[276] Sentencia C-866 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[277] Sentencias C- 702 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y C-866 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[278] Sentencia C-091 de 1997 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía

cuándo establece una u otra condición[279]. Así las cosas, bien puede el legislador para efectos del ejercicio de las funciones administrativas -con base en las disposiciones constitucionales en análisis y en armonía con lo previsto en los artículos 150, numeral 9° e inciso final y 189, numeral 23 - autorizar al Gobierno Nacional para celebrar los contratos pertinentes.

c) Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de las entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades[280].

Ahora bien, como ha señalado esta Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos[281]; sin embargo, es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad.

Así, en tanto que titulares de funciones públicas, los particulares a los cuales estas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello comporta en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil[282].

Al respecto la Corte ha precisado que a los particulares a quienes se ha asignado el ejercicio de funciones administrativas se aplican en relación con el cumplimiento de éstas el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos; de la misma manera sobre sus actuaciones pesa además del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política
Ha dicho la Corte:

> *"8. De otra parte, la Corte encuentra necesario recordar que para garantizar la vigencia de los principios superiores que gobiernan el ejercicio de la función pública (Art. 209 de la Carta), el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, resulta también extensivo a los particulares que vayan a ejercer funciones administrativas, como expresamente lo indica el artículo113 de la Ley 489 de 1998, de la cual forman parte las disposiciones ahora bajo examen. Dicha norma literalmente indica lo siguiente:*

---

279 Sentencia C-866 de 1991. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

280 Entre otras, ver sentencias C-372 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-506 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz, C-316 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell, y C- 671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Esta última declarando la exequibilidad del artículo 96 de la ley 489 de 1.998.

281 Ver Sentencias C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

282 Ver Sentencia C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

"Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargados del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

"Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado."

De manera general, corresponde pues al legislador señalar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades para los particulares que vayan a desempeñar funciones públicas, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 210 de la Constitución Política.

9. De otro lado, aparte del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control general al que se somete la actividad administrativa pesa igualmente, en todas sus modalidades, sobre el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares; en especial el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política. A esta realidad se refieren los incisos 2° y 3° del artículo 110 bajo examen, que por este aspecto se ajustan también a las prescripciones de la Carta." [283]

Cabe precisar, que si bien es cierto que conforme al artículo 6° superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual "solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones públicas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al propio artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos[284].

No obstante, en esta materia se debe diferenciar el caso de las personas a las que se les asigna el cumplimiento de una función pública en los términos señalados -ley, acto administrativo, convención -, del supuesto de quienes prestan un servicio público, sometido en cuanto tal a un régimen legal especial pero que en sí mismo no implica necesariamente el ejercicio de una función pública[285].

---

[283] Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonnel, Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.

[284] Ibídem Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonnel, Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.

[285] Ver Sentencias C-543/01 y C-233/02 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis.

Por lo demás ha de tenerse en cuenta el evento de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público [286].

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, es pertinente afirmar que es solamente en relación con el ejercicio de funciones públicas por particulares en aquellos casos que establezca y autorice la Constitución y la ley[287] que se predica el grado especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia, circunstancia que como se verá más adelante, es necesario tener en cuenta para el cabal análisis de las disposiciones acusadas en el presente proceso.

4.1.1.2 Los particulares como destinatarios de la Ley disciplinaria y la evolución jurisprudencial en la materia.

4.1.1.2.1 Primera etapa. La adopción de un criterio subjetivo. La exigencia de subordinación al Estado.

En relación concretamente con la responsabilidad disciplinaria que pueda recaer sobre los particulares, la jurisprudencia de esta Corporación señaló en un primer momento que el criterio determinante para establecer si un particular podía ser sujeto o no de responsabilidad disciplinaria estaba dado por el tipo de relación con el Estado. Si de dicha relación no se derivaba una especial subordinación del particular frente al Estado, no cabía la aplicación del régimen disciplinario.

Así se señaló en la Sentencia C-280/96 en la que se declaró la inexequibilidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995 y en la que se precisó que por no existir entre el contratista de prestación de servicios y la administración una relación de subordinación, sino la prestación de un servicio de manera autónoma, dichos contratistas no eran destinatarios de la ley disciplinaria.

Dijo la Corte:

> *"6- La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, "la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.)"[288]. Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en*

[286] Sobre estas precisiones ver las Sentencias C- 563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, así como C-543/01 y C-233 /02 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis.

[287] Ver Sentencia C-089ª/94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[288] Corte Constitucional. Sentencia C-214/94. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello esta Corporación ya había señalado que el "régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (subrayas no originales)"[289].

Este ámbito de aplicación de la ley disciplinaria se explica porque la posición del servidor público en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado.

7- En ese orden de ideas, los trabajadores del Estado vinculados mediante un contrato laboral de trabajo están bajo la subordinación del Estado. Es así como no tiene relevancia para la determinación de la calidad de sujeto disciplinable, la forma de vinculación del servidor público a la organización estatal. Dado lo anterior, los trabajadores oficiales son destinatarios de un régimen disciplinario impuesto por el Estado de forma unilateral, por lo cual la Corte considera que es admisible constitucionalmente el texto legal acusado "empleados y trabajadores" del artículo 20 del CDU. Esta aplicación de la ley disciplinaria a los trabajadores oficiales no es en manera alguna caprichosa sino que deriva de las funciones de interés general que cumplen estas personas (CP art. 209), por lo cual, como bien lo señala la Vista Fiscal, es razonable que el régimen disciplinario no sea materia de acuerdo entre las partes, porque en este campo están en juego valores sociales y estatales que desbordan los intereses de los partícipes en la relación laboral de derecho público

8- La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, pues allí no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente. En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto de trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las

[289] Sentencia C-417/93. M.P José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte No 3.

referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto."[290]

4.1.1.2.2 Segunda etapa. La adopción de un criterio material. La función pública y el interés público a ella inherente.

Posteriormente la Corte señaló que el criterio subjetivo señalado en la Sentencia C-280/96 para establecer los destinatarios de la ley disciplinaria, que resultaba plenamente aplicable para el caso de los servidores públicos, debía sustituirse en el caso de los particulares por un criterio material que no atendiera a la calidad o condición de quien actúa sino a la función pública que le haya sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.

Al respecto señaló en la Sentencia C-286/96 lo siguiente:

"Ahora bien, siendo indudable que todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no.

A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado -en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregona el artículo 6º de la Carta Política.

Sinembargo, de nuestro sistema jurídico ha desaparecido hace mucho tiempo la separación absoluta y extrema entre las órbitas pública y privada en lo relacionado con las actividades que tienen por objeto la realización de los fines perseguidos por la sociedad y la satisfacción efectiva de sus necesidades.

La distinción subsiste, como corresponde al Estado de Derecho, pero la complejidad de las relaciones que deben establecerse en el seno de la colectividad

[290] Sentencia C-280/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

y el necesario acomodamiento de las instituciones a las exigencias reales impuestas por la convivencia, han dejado atrás los moldes formalistas y los criterios herméticos, para dar paso a la concepción material de la cosa pública, a la creciente participación de todos en las decisiones que los afectan y al cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, con miras al servicio efectivo de la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2º C.P.).

De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada.

Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica.

En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.

Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo"[291].

En dicha sentencia C-286/96 la Corte consideró necesario hacer en todo caso las siguientes precisiones:

---

[291] Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

"Estímase necesario precisar que el ejercicio de funciones públicas por particulares, según lo visto, no incluye, para los fines de la Ley Disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues éstas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación.

Se reitera, por ello lo afirmado en la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto de proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas.

Con arreglo al principio de legalidad, que surge claramente para los particulares del artículo 6º de la Constitución, y según el postulado del debido proceso, cuya vigencia estricta en los procesos disciplinarios ha proclamado la doctrina constitucional, la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halla en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa.

Lo que se declara exequible en esta ocasión es únicamente la expresión demandada y su implicación fundamental, cual es la de que los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente están sujetos al régimen disciplinario que la ley disponga.

Corresponde, entonces, al legislador establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos.

La constitucionalidad de las correspondientes disposiciones habrá de verificarse en su momento, por lo cual no resulta ni se desprende de la que ahora se declara"[292].

Retomando y precisando el criterio material a que se ha hecho referencia la Corte destacó en la Sentencia C-563 de 1998 que:

---

[292] Ibídem Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

"Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución.

La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad.
(…)

"En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador." [293]

Posteriormente y luego de efectuar un recuento de la jurisprudencia en la materia la Corte declaró la exequibilidad de las disposiciones que señalan la aplicación de la ley disciplinaria para los particulares que administran recursos parafiscales, acudiendo para el efecto al criterio material aludido, en tanto consideró que ellos cumplen una función pública.

Al respecto dijo la Corte en la Sentencia C-181/02:

"En resumen, las consideraciones anteriores pueden plantearse de la siguiente forma: aunque, en principio, los particulares no se encuentran sometidos al régimen disciplinario de la Ley 200 de 1995, pues este ha sido previsto para la sanción de las conductas desplegadas por los servidores públicos, aquellos sí lo están cuando han sido encargados de la prestación de una función pública. Ello no quiere significar, según la última apreciación, que el régimen aplicable a los particulares sea, in totto, el mismo de los servidores públicos. La ley, en cada caso, determinará cuáles son los aspectos sancionatorios previstos para unos y otros, tal como se deduce del texto del inciso tercero del artículo 123 Constitucional."
(...)
"Conforme con las consideraciones precedentes y con el hecho de que la demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad de la norma desde la

[293] Ver Sentencia C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

perspectiva de las personas privadas que administran esos recursos (parafiscales), es posible sostener que el sometimiento a la ley disciplinaria de los particulares que manejan tales recursos se encuentra acorde con los principios ya esbozados de la Carta.

Ello, por cuanto que la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública. Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional procedió al análisis de las normas de la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero - Ley 101 de 1993- y estableció que los recursos parafiscales destinados a dicho sector podían ser administrados por entidades particulares con ánimo de lucro (sociedades fiduciarias) mediante contratos suscritos con el Gobierno para tales efectos.

Respecto de los mecanismos que utiliza el Estado para conferir la administración de los recursos parafiscales esta Corporación hizo los siguientes comentarios:

> "Esa administración de recursos parafiscales se realiza con fundamento en un contrato especial que celebra el Gobierno con la entidad o sociedad fiduciaria que escoja, el cual necesariamente tiene un componente oneroso. Ahora, dada la naturaleza excepcional de las contribuciones parafiscales, cuando el Congreso de la República, como en este caso, crea una renta de carácter parafiscal debe señalar su régimen, lo que implica que regule la administración, el recaudo e inversión de sus ingresos, por lo que es perfectamente válido, como ya lo ha dicho la Corte que el legislador al expedir la ley que las establece determine con todo detalle las condiciones, modalidades y peculiaridades de esa administración de recursos públicos por parte de los particulares y, en ese orden de ideas, la regla general por parte del órgano legislativo al establecer contribuciones de carácter parafiscal ha sido la de determinar la persona privada encargada de la administración de sus recursos. Como lo ha dicho la Corte, en esta clase de contratos siempre interviene el órgano legislativo en su proceso de celebración, mediante la expedición de leyes que en forma previa autorizan al ejecutivo para acordar y perfeccionar dichos contratos." (Sentencia C-651 de 2001)

Así también, en ejercicio de ciertas actividades que implican función pública, las Cámaras de Comercio administran y manejan fondos que pertenecen a la Nación y de cuyo manejo deben rendir cuentas ante las autoridades de control fiscal establecidas por la Constitución, tal como lo analizó ampliamente la Corte en la Sentencia C-167 de 1995.

De allí que la simple consagración legal de que estas actividades, por la naturaleza que las caracteriza y la responsabilidad que las acompaña, están sometidas a un

régimen especial de control, no constituya quebranto de los principios constitucionales que buscan preservar tanto la permanencia del principio de legalidad como la primacía del interés general.

Desde el punto de vista constitucional es factible que la ley someta a responsabilidad disciplinaria, por el manejo de recursos del Estado, a los particulares encargados de dicha función, pues la administración de los recursos públicos es, por sí misma, función pública.

El reconocimiento de esta sumisión, efectuado por la disposición atacada, antes que contravenir los principios constitucionales, los asegura y promueve. Por esa razón, la expresión acusada será declarada exequible"[294]*. (Subrayas fuera de texto)*

4.1.1.2.3 El estado actual de la cuestión.

De la evolución jurisprudencial que se ha destacado, se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas.

A ello cabría agregar que una lectura sistemática de la Constitución (arts. 118, 123, 124, 256-3 y 277-5 y 6)[295] lleva precisamente a la conclusión de que el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas.

Así, el artículo 118 superior señala que al Ministerio Público corresponde la

---

[294] Sentencia C- 181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[295] **ARTICULO 118.** El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

ARTICULO 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

ARTICULO 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:
(…)
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. 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.
ARTICULO 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:
(…)
3. Examinar la conducta y sancionar 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.

protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, en tanto que el artículo 277 numeral 5 asigna al Procurador General de la Nación la función de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas al tiempo que el numeral 6 del mismo artículo 277 le encarga la tarea de 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.

En lo que se refiere a los funcionarios judiciales el artículo 256 numeral 3 señala que Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley examinar la conducta y sancionar las faltas de dichos funcionarios[296].

Es decir que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas sean ellas ejercidas por servidores públicos (arts. 123-1y2, 124 C.P.) o excepcionalmente por particulares (art. 123-3, 116-3, 210-2, 267-2).

4.1.1.3 Los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución. La imposibilidad de hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público.

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, caber 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[297].

4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término "función" para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.)[298] así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que *"no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o*

---

296 Ver Sentencia C-948/02 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis S.V. Magistrado Jaime Araujo Rentería

297 **ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
(…)
23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

298 **Artículo 113** Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.
Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.
Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

reglamento", en tanto que el artículo 212 superior expresa que *"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.*

La Constitución hace referencia a las expresiones "función pública" y "funciones públicas" de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de "funciones públicas" por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como "funciones públicas" la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la "función administrativa" (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado[299].

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de "función pública" atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3).

4.1.1.3.2 La Carta Política -Capítulo V del Titulo XII, artículos 365 a 370-, se ocupa de la "Finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos", capitulo en el que se señala el régimen general que establece la Constitución para dichos servicios (art. 365 C.P.); se señalan objetivos para la actividad del Estado en materia de solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable y prioridades en materia de gasto público social (art. 366 C.P.); se fijan reglas específicas para los servicios públicos domiciliarios (arts. 367 a 369 C.P.); y se asigna competencia al Presidente de la República para señalar, con sujeción a la ley,

[299] Ver Sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell.

las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

La Constitución utiliza igualmente el término de "servicio público" para calificar expresamente como tales determinadas actividades, por ejemplo: (i) La Seguridad Social (art. 48 C.P.) de la que señala es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Así mismo que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley y precisa que la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley; (ii) La atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49 C.P.), los cuales señala son servicios públicos a cargo del Estado, precisando en todo caso que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley; (iii) La educación (art. 67 C.P.) de la que expresa es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social que corresponderá al Estado regular y sobre el cual ejercerá la suprema inspección y vigilancia; así como (iv) la que desarrollan los notarios y registradores en relación con la cual la Constitución señala que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia (art.131 C.P.)[300].

Cabe recordar además que la Constitución asigna al Presidente de la República la competencia para ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (Art. 189-23)[301]

Dichos servicios públicos estarán sometidos de acuerdo con el artículo 365 superior, al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide

---

[300] Cabe precisar que en el caso de los notarios y registradores ellos se ven atribuido el ejercicio de funciones públicas, relativas al cumplimiento de la función fedante y al manejo del registro público. Ver sobre la función notarial y su interpretación constitucional las Sentencias C-741/98 Y C-399/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[301] **ARTICULO 189.** Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (…)
22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (..)

reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

La Corte ha señalado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; ello comporta que si bien los particulares concurren a dicha prestación, sea parcial o totalmente, como expresión de la libertad económica (art. 333 C.P.), el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados por el Constituyente para los servicios públicos en general (art. 365 C.P.), como los que éste haya definido para determinados servicios (seguridad social, salud, por ejemplo)[302], por lo que puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de "*instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado"*[303]*,* o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para "el logro de sus fines competenciales" y "el respeto de los principios que rigen la función administrativa[304] , fijando en todo caso límites a dicha intervención [305].

4.1.1.3.3 Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares[306]. 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[307].

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que

---

[302] Ver Sentencia C- 915/02 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis.

[303] Ver Sentencia C- 616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

[304] Ver sentencia C-815/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

[305] Así por ejemplo en relación con el servició público se seguridad social en salud ha precisado la Corte lo siguiente "*Ahora bien, si el legislador decide mantener el modelo de concurrencia de empresas públicas y privadas en la prestación de un servicio público como el de salud, pero lo interviene y regula a fin de obtener objetivos constitucionales, ¿cuál es el limite de esta intervención? ¿hasta dónde puede llegar la imposición de restricciones y controles? Como se dijo arriba, esa intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la actividad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en la Constitución, han sido señalados por esta Corporación. Estos límites, como se recuerda, indican: i) que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad."*Sentencia C-615/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[306] Ver Juan Alfonso Santamaría Pastor Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramón Areces, Madrid, 2000, Pág. 301 y ss.

[307] Sobre las potestades que reflejan el imperium estatal ver Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 , Págs. 17 y ss

bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina[308] y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público[309].

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en si mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas- , mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica *per se* dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para si la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública.

Ahora bien, en relación con los controles que se pueden ejercer respecto de los particulares que excepcionalmente cumplen funciones públicas, frente a aquellos que simplemente prestan un servicio público, cabe hacer las siguientes consideraciones.

---

308 Ver en particular Gaspar Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico, Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, segunda edición, Granada, 2001, Págs. 487-614; Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramón Areces, Madrid, 2000, Págs. 299-340; Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 , Págs. 416-444.

309 Sobre la noción de servicio público y su evolución reciente en el derecho francés en el que tuvo origen ver Pierre Espulgas, Le service public, 2e édition, Dalloz, Paris, 2002. Ver igualmente Jacques Chevallier, Le service public, Que sais-je, PUF, 3e édition, Paris 1994 y Jean Paul Valette « Le service public à la française », Ellipses., Paris, 2000.

Como ya se señaló el particular que ejerce funciones públicas se encuentra sometido exactamente a los mismos controles que los servidores públicos[310].

En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado[311]. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario.

Así, la simple prestación por un particular del servicio público educativo, respecto del que la Constitución, al tiempo que reconoce la libre iniciativa de los particulares (art. 68 C.P.) y en materia universitaria un régimen de autonomía[312] (art. 69), señala precisos marcos para su ejercicio y un régimen de inspección y vigilancia específico (arts. 67, 189-21 C.P.), no se encuentra sometida al control de las autoridades disciplinarias.

El particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo ha señalado el Constituyente (arts. 67 a 71 C.P.), no cumple una función pública objeto de control disciplinario.

Las empresas prestadoras de salud igualmente están encargadas de un servicio público regido por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, cuya prestación está reglamentada, vigilada y controlada por el Estado (art. 49 C.P.), pero sin que ello signifique el sometimiento de las entidades privadas promotoras y prestadoras de salud a la ley disciplinaria, en tanto en si misma su actividad no implica el ejercicio de una función pública.

Solamente en el caso en que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera expresa por el legislador al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y ello exclusivamente en relación con el ejercicio de dichas potestades.

Así por ejemplo en aquellos casos a los que alude el artículo 33 de la Ley 142 de 1994[313] el particular que presta un servicio público domiciliario podrá responder

---

[310] Ver las sentencias C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonnel y Carlos Gaviria Díaz y C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra citadas precedentemente en esta providencia.

[311] Ver Sentencia C- 915/02 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis.

[312] Sobre las características y límites del régimen de autonomía universitaria Ver entre otras las sentencias T870/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-974/99 y T-460/02 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis.

[313] De acuerdo con el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 "quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos"

disciplinariamente de sus actos dado que en esas circunstancias el particular ejerce respecto de las potestades que se le atribuyen una función pública, que como tal queda sometida al control disciplinario.

En ese orden de ideas, para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado -que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario.

No sobra reiterar que en ese supuesto necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley[314].

4.1.1.4 El alcance del artículo 366 constitucional

En la medida en que el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 hace referencia al artículo 366 constitucional, la Corte considera pertinente hacer algunas consideraciones en torno a su contenido y alcance.

De acuerdo con dicho texto superior:

> "*El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.*
>
> *Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación".*

Dicha norma hace parte del capítulo V del titulo XII de la Carta Política titulado "de la finalidad social del Estado y de los servicios públicos". Ella debe leerse en concordancia con el primer inciso del artículo 365 superior que señala que "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado" y que "es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional", así como con el texto de los artículos 1 y 2 superiores que establecen que Colombia es un Estado social de Derecho y señalan sus fines esenciales.

De dichas normas se deriva la determinación por el Constituyente de unas orientaciones específicas para la acción del Estado, que en materia de servicios

---

[314] Ver Sentencia C-089a/ 94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, así como las sentencias C-543/01 y C-233 /02 M.P. Álvaro Tafúr Gálvis.

públicos debe tener en cuenta la finalidad social que la Constitución le atribuye[315].

El artículo 366 se refiere en este sentido no a la determinación de un régimen específico de prestación de los servicios públicos para satisfacer las necesidades insatisfechas que allí se enuncian en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, sino a la determinación de prioridades de la actividad estatal en la solución de dichas necesidades[316] para garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, señalando en armonía con dichos objetivos que en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales el gasto social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.
Ello no implica sin embargo que los servicios públicos mediante los cuales se satisfacen las necesidades allí enunciadas tengan una naturaleza diferente de la de los demás servicios públicos, ni mucho menos que su prestación se transforme en el cumplimiento de una función pública.

Cabe precisar que en relación con algunas de las actividades aludidas la Constitución hace menciones específicas en otros textos constitucionales a su calidad de servicios públicos, enfatizando en cada caso que ellos son un servicio público "de carácter obligatorio" para el caso de la seguridad social (art. 48 C.P.) que incluye la seguridad social en salud; "a cargo del Estado", para el caso de la atención de la salud y el saneamiento ambiental (art. 49 C.P.); "que tiene una función social", para el caso de la educación (art. 67 C.P.).

Particular mención debe hacerse en este sentido al artículo 49 superior que señala que la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos "a cargo del Estado", expresión que igualmente utiliza el artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

Al respecto cabe precisar que en dicho artículo 49 el Constituyente señala que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Lo que implica que la expresión "a cargo del Estado" no supone que la prestación de dicho servicio se encuentre reservada con exclusividad al Estado.

Así las cosas la expresión "servicios a cargo del Estado" no tiene un significado específico en la Constitución que determine un régimen o una calificación determinada de un servicio público.

---

315 Ver al respecto entre otras, la Sentencia. T-540/92 del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

316 Al respecto se pueden consultar las ponencias presentadas por los delegatarios Eduardo Verano de la Rosa, Carlos Lemos Simmonds, Carlos Ossa Escobar, Rafael Ignacio Molina Giraldo, Antonio Yepes Parra, Rodrigo Lloreda Caicedo y Oscar Hoyos Naranjo, respecto del régimen de servicios públicos y la finalidad social del Estado –Gacetas Constitucionales 51, páginas 17-18, y 53, páginas 2-6.

Por lo demás cabe afirmar que todos los servicios públicos en último análisis "se encuentran a cargo del Estado" pues ellos son "inherentes a la finalidad social" que la Constitución le atribuye al Estado colombiano.

Lo que está significando el Constituyente en el artículo 49 así como en el artículo 366 superiores, es un énfasis de atención que debe dar el Estado a determinadas actividades para el cumplimiento de los fines fijados en la Carta, lo que autoriza que el Legislador establezca, como ya se explicó, condiciones que se ajusten a la obtención de dichos fines[317], pero sin que ello signifique la determinación de un régimen específico de prestación para dichos servicios, que permita asimilarlos a las "funciones públicas", para los efectos que se analizan en la presente providencia.

Así las cosas, ha de concluirse que en lo que se refiere concretamente al control disciplinario que pueda ejercerse sobre los particulares que prestan un servicio público no cabe derivar de la mención que se haga al artículo 366 superior ninguna consecuencia diferente de la que puede predicarse de cualquier servicio público.

Hechas las anteriores precisiones y consideraciones la Corte procede a analizar los cargos formulados en la demanda contra los apartes acusados del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

4.1.2 El análisis de los cargos en contra de la expresión *"que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales"* contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002

Para el actor la expresión "que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales" contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 vulnera el artículo 243 constitucional por reproducir una norma declarada inexequible en la Sentencia C-280 de 1996. Sentencia en la que la Corporación declaró la inexequibilidad de algunos apartes de los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995 y en la que señaló específicamente que dado que entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto de trata de particulares contratistas y no de servidores públicos.

4.1.2.1 La ausencia de cosa juzgada material en relación con lo decidido en la sentencia C-280 /96

Al respecto la Corte advierte que, contrariamente a lo afirmado por el demandante, en relación con la expresión "que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales" contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, no puede predicarse la configuración del fenómeno de la cosa juzgada material, respecto de lo

[317] Ver Sentencia C- 815/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

decidido en la sentencia C-860 de 1996 en la que la Corte declaró la inexequibilidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995.

En efecto en dicha decisión la Corte declaró la inexequibilidad de las expresiones "o de prestación de servicios personales" y "o de prestación de servicios" contenidas en los artículos 29[318] y 32[319] aludidos.

Ahora bien para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada material es necesario que se reúnan cuatro elementos a saber:

1. Que una norma haya sido previamente declarada inexequible.

2. Que la disposición demandada respecto de la cual se predica la existencia de cosa juzgada material tenga el mismo contenido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca lo que implica que el contenido material del texto demandado sea igual a aquel que fue declarado inexequible.

Cabe precisar que dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción.[320] En el mismo sentido si el texto es el mismo pero el contexto normativo en el que se le reproduce es diferente no cabe predicar dicha identidad[321]

---

318 *"Artículo 29.- SANCIONES PRINCIPALES. Los servidores públicos estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:*
(...)
2. Multa con destino a la entidad correspondiente, hasta el equivalente de noventa (90) días de salarios devengado en el momento de la comisión de la falta. En los casos que se haya decretado la suspensión provisional la multa será pagada con el producto de los descuentos que se le hayan hecho al disciplinado.
(...)
5. Suspensión del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales, hasta por noventa (90) días.

6. Terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales.
(...)
9. Pérdida de la investidura para los miembros de las corporaciones públicas, de conformidad con las normas de la Constitución y la ley que la regule."

319 *"Artículo 32.- LIMITE DE LAS SANCIONES. Las faltas leves dan lugar a la aplicación de las sanciones de amonestación escrita con anotación en la hoja de vida o multa hasta 10 días del salario devengado en el momento de cometer la falta, con la correspondiente indexación.*

Las faltas graves se sancionan con multa entre once (11) y noventa (90) días del salario devengado al tiempo de cometerlas, suspensión en el cargo hasta por el mismo término o de prestación de servicios hasta por tres (3) meses, teniendo en cuenta los criterios señalados en el artículo 27 de esta ley.

Las faltas gravísimas serán sancionadas con terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales, destitución, desvinculación, remoción o pérdida de investidura."

320 Ver entre otras las sentencias C-427 de 1996. MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte señaló que el fenómeno de la cosa juzgada material se da cuando se trata, no de una norma cuyo texto normativo es exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino cuando los contenidos normativos son iguales.

321 ver Sentencia C-228/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa Y Eduardo Montealegre Lynett. A.V. Jaime Araujo Rentería.

3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la "reproducción" haya sido declarado inconstitucional por "razones de fondo", lo cual significa que la ratio decidendi de la inexequibilidad no debe haber reposado en un vicio de forma.

4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexequibilidad

Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexequible por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental[322].

Como se desprende de la simple comparación de los textos declarados inexequibles en aquella ocasión ("o de prestación de servicios personales" y "de prestación de servicios", contenidas en los artículos 29 -que establecía el listado de sanciones principales- y 32 -que establecía los límites de las sanciones- señaladas en la ley 200 de 1995), con la expresión ahora acusada, ("que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales" contenida en el artículo 53 de la ley 734 de 2002 en el que se señalan los particulares sujetos al régimen disciplinario especial establecido en dicha ley), tales elementos no se configuran en el presente caso y mal puede considerarse que se esté en este caso frente al fenómeno de la cosa juzgada material.

En efecto tanto los textos, como el contenido material de las disposiciones es diferente y en este sentido en ningún desconocimiento de la cosa juzgada constitucional se ha incurrido por el Legislador.

Así las cosas la Corte rechazará el cargo planteado por el actor en este sentido.

Ahora bien, en la medida en que de acuerdo con los artículos 46 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y 22 del Decreto 2067 de 1991, la Corte debe confrontar el texto acusado con el conjunto de la Constitución y que tanto las diferentes intervenciones como el concepto de la vista fiscal no se limitaron al cargo planteado sino que hicieron consideraciones generales sobre la constitucionalidad de la disposición acusada, la Corte procede a examinar dicho texto a partir de las consideraciones preliminares del presente acápite y de la jurisprudencia de la Corporación sobre la materia.

4.1.2.2 Los criterios señalados en la jurisprudencia sobre la no aplicación de la ley disciplinaria a los particulares contratistas

[322] Ibídem ver Sentencia C-228/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa Y Eduardo Montealegre Lynett. A.V. Jaime Araujo Rentería.

En varias decisiones, incluida la sentencia invocada por el actor en su demanda, la Corporación ha señalado que los particulares contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales al contratar con el Estado y en este sentido no están sujetos a la ley disciplinaria.

Así acudiendo, como ya se recordó, a un criterio subjetivo, la Corte señaló en la Sentencia C-280/96 que entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que este presta un servicio de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones y el ámbito de su responsabilidad son las que se derivan del contrato y de la ley contractual, sin que pudieran ser destinatarios de del régimen disciplinario previsto para los servidores públicos.

Criterio que fuera reiterado en la sentencias C-286/96 y C-563/98, en las que sin embargo se dio paso, como también ya se recordó, a la aplicación en este campo de un criterio material para identificar a los particulares que pudieran ser destinatarios de la ley disciplinaria, no a partir del tipo de relación que pudiera existir entre estos y el Estado, sino a partir del contenido de la función que les fuera encomendada, la cual de poder considerarse como el ejercicio de una función pública, implicaba la aplicación de la ley disciplinaria[323].

En este sentido la Corte en la Sentencia C-181/02 precisó que cuando se establezca, mediante contrato, la administración de recursos parafiscales por los particulares, -que sin lugar a dudas constituye el ejercicio de una función pública-, el contratista encargado de dicha administración queda sometido al control disciplinario exclusivamente en lo referente a ella.

Así las cosas, aplicando el mismo criterio en el presente caso, solamente en la medida en que pueda concluirse que el particular interventor de un contrato estatal cumple una función pública, cabría considerar que en relación con él el Legislador puede establecer la aplicación del régimen disciplinario.

---

[323] Al respecto la Corte señaló: "Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público (...)"Sentencia C- 563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz

4.1.2.3 El objeto del contrato de interventoría y la atribución al contratista de potestades que implican el ejercicio de funciones públicas.

De acuerdo con el numeral primero del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 dentro de los derechos y deberes de las entidades estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal se encuentra el de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del contrato.

Así mismo de acuerdo con el numeral 1 del artículo 26 del mismo estatuto los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Para efectos de dicha vigilancia la administración contratante puede designar uno de sus servidores, que asume la labor de interventoría de un contrato determinado. En su calidad de servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la ley.

La entidad puede también contratar los servicios de un particular para realizar la interventoría del contrato, bien, porque la ley así se lo exija, -para los contratos de obra que se hayan sido celebrado como resultado de un proceso de licitación o concurso (art. 32-1 de la Ley 80), bien por decisión de la entidad, -luego de que se certifique la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretenden contratar (parágrafo 1 del articulo 32 de la Ley 80)- .

Particular al que se acude en función de sus conocimientos técnicos, que necesariamente deberá estar inscrito, clasificado y calificado en el registro de proponentes, como cualquier otro contratista al tenor de lo dispuesto en el artículo 22-1 de la Ley 80.

En estas circunstancias, se deberá celebrar un contrato de interventoría, en el que se pactará, en el marco de la libertad de estipulación a que alude el artículo 40 de la Ley 80, el cumplimiento de las funciones que las partes consideren necesarias y convenientes.

Sobre el objeto mismo del contrato y sobre la cláusulas que en ellas puedan pactarse, cabe señalar que contrariamente a lo que sucedía con las normas de contratación anteriores a la ley 80, que regulaban con cierta precisión dicho contrato[324], el estatuto

---

[324] El Decreto 222 de 1983 que retoma de manera casi idéntica el contenido de los artículos 96 a 99 del Decreto 150 de 1976 señalaba al respecto los siguiente::

> *ARTICULO 120. De las calidades del interventor. La entidad contratante verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor, que podrá ser funcionario suyo.*
>
> *También se podrá contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que posean experiencia en la materia y que estén registradas, clasificadas y calificadas como tales.*

vigente señala solamente en el artículo 32 que “en los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53” del mismo estatuto. La misma norma, luego de definir los contratos de consultoría como aquellos que “celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión”, señala que son contratos del mismo tipo “los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos”.

Precisa finalmente el mismo artículo que “ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente” y que será obligatorio para el interventor “entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”.

Por su parte el artículo 53 de la ley 80 señala que los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueran imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

Así mismo el artículo 56 del mismo estatuto señala que para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

En los contratos de obras el funcionario público que ejerza la interventoría o la persona que el contratista coloque al frente de la obra, deberá ser ingeniero o arquitecto matriculado, con experiencia profesional no menor de 3 años.

ARTICULO 121. De las atribuciones del interventor. En todo contrato se detallarán las funciones que corresponden al interventor. Dentro de sus facultades está la de revisar los libros de contabilidad, si así se hubiere convenido en el contrato, y la de exigir al constructor la información que considere necesaria.

ARTICULO 122. De las personas con quienes no puede contratarse la interventoría. La interventoría no podrá contratarse con el autor del proyecto o diseño correspondientes, a menos que así lo exigiere la complejidad técnica de la obra, según calificación escrita, hecha por la entidad contratante. Tampoco podrá contratarse la interventoría con las personas cuyo proyecto o diseño no se hubiere aceptado ni con quien hubiere quedado en segundo lugar en la licitación pública o privada que precedió a la obra objeto de la interventoría.

ARTICULO 123. De la responsabilidad del interventor. Además de las sanciones penales a que hubiere lugar, la sociedad o persona natural que ejerciere una interventoría será civilmente responsable de los perjuicios originados en el mal desempeño de sus funciones, sin que ello exima de la responsabilidad que por el mismo concepto pueda corresponder al contratista.

Norma esta última que fuera declarada exequible por esta Corporación en la Sentencia C-543/98 en la que empero se precisó que el artículo referido asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; y que otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continuaba predicando por la Corporación con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria[325].

Por tratarse de un particular, precisamente, como ya se señaló, solo en el caso de que se le atribuyan prerrogativas que puedan considerarse el ejercicio de funciones públicas cabe someter a dicho particular a la Ley disciplinaria.

Ahora bien, para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financiaras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con el se persiguen, implica la protección de esos recursos.

[325] Ver Sentencia C-543798/98 M.P: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.

Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *"que realicen labores de interventoría en los contratos estatales"* contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.

4.1.3 El análisis de los cargos en contra de las expresión *"presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política"* contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002

Para el actor las expresión "presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política", contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 vulnera el artículo 365 superior en cuanto permite al Estado extender sus actuaciones mas allá de la regulación control y vigilancia a que alude dicho texto constitucional. Con lo que se desbordaría de esta manera el ámbito constitucional del control disciplinario y con lo que se desconocería que si bien el Legislador puede determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas (art. 123 C.P.) en el caso de la prestación de servicios públicos por particulares no se genera una situación de subordinación al Estado que sería indispensable para que una persona pueda ser sujeto del poder disciplinario.

Al respecto la Corte recuerda que de acuerdo con las consideraciones efectuadas en los apartes preliminares del presente acápite de esta sentencia, lo que procede en este campo es la aplicación de un criterio material para identificar a los particulares que pueden ser destinatarios de la ley disciplinaria, es decir que debe tomarse en cuenta no el tipo de relación que pudiera existir entre estos y el Estado, sino el contenido de la función que les haya sido encomendada, la cual de poder considerarse como el ejercicio de una función pública, implica la aplicación de la ley disciplinaria.

Ahora bien, de las mismas consideraciones resulta claro que la prestación de un servicio público por si misma no conlleva el ejercicio de una función pública.

Como allí se explicó, la Constitución distingue claramente entre uno y otro concepto y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones y que implican particularmente que no se puedan confundir el ejercicio de función públicas por particulares con la prestación de servicios públicos por particulares.

Así mismo quedó claro que el Constituyente reservó al Estado la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, pero que dentro de dichos controles no se cuenta para el caso de la prestación de los servicios públicos por particulares y en razón de dicha prestación, el control disciplinario, pues éste lo reservó la Constitución para los

servidores públicos y para los particulares que excepcionalmente cumplan funciones públicas.

En el mismo sentido quedó claro también que, el artículo 366 constitucional no establece un régimen de prestación específico respecto de los servicios públicos que en el se mencionan -salud, educación, saneamiento básico y agua potable-, y menos aún que de él se pueda desprender la calificación de la prestación de dichos servicios por particulares como el ejercicio de una función pública, por lo que en lo que se refiere concretamente al control disciplinario no cabe derivar de la mención que se haga a dicho artículo superior ninguna consecuencia diferente de la que puede predicarse de la prestación de cualquier servicio público.

Así las cosas, todos esos presupuestos llevarían en principio a la Corte a considerar que asiste razón al actor en relación con la vulneración del artículo 365 superior por parte de la norma acusada pues si bien los servicios públicos tendrán el régimen que fije la Ley, lo que significa que el Legislador en esta materia tiene un amplio margen de configuración, su potestad legislativa debe necesariamente concordarse en materia de control disciplinario con las normas constitucionales que fijan los parámetros de dicho control, las cuales como se explicó en los apartes precedentes de esta sentencia en lo que se refiere a la aplicación del mismo a los particulares solamente permiten que ello ocurra cuando ellos ejercen una función pública.

Ha de tenerse en cuenta sin embargo que, como también ya se explicó, el particular que presta un servicio público puede excepcionalmente ser encargado del ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, en cuanto estas resulten necesarias para dicha prestación y estén respaldadas en una habilitación expresa de la ley. Entonces en ese caso, el particular que presta un servicio público podrá ser sujeto del poder disciplinario respecto del ejercicio de dichas potestades y ello en relación con cualquier servicio público en que dicha habilitación de funciones públicas haya sido establecida.

En este sentido lo que procede es la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición acusada, *"presten servicios públicos a cargo del estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política"* contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

Jurisprudencia: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-1076/02**.

PERSONA JURÍDICA - Responsabilidad disciplinaria

a) Cargos de la demanda

En cuanto al inciso 2º del artículo 53, manifiesta el ciudadano ISAZA SERRANO que transgrede el principio de individualización de la responsabilidad y de la pena, toda vez que la responsabilidad exigible de la persona jurídica, por la comisión de una falta es trasladada sin ninguna formula o juicio al gerente o director de ésta, para que sea objeto de sanción por un hecho ajeno.

b) Problema jurídico

Analizar si vulnera la Carta Política que dicha norma consagre que cuando la responsabilidad disciplinaria recaiga sobre una persona jurídica, ésta se podrá exigir del representante legal.

(…)

e) Consideraciones de la Corte.

El inciso segundo del art. 53 de la Ley 734 de 2002 alude al tema de la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales o los miembros de las juntas directivas, por actuaciones de la persona jurídica. Considera la Corte que esta disposición no vulnera la Carta Política, bajo el entendido que la falta disciplinaria les fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales, por las razones que pasan a explicarse.

1. La voluntad del legislador.

Una interpretación histórica de la disposición demandada señala que fue la voluntad del legislador establecer un régimen disciplinario especial para los particulares, abarcando aquellos que por el rol o papel que desempeñan, deberían entrar a responder por las actuaciones imputables a las personas jurídicas que dirigen:

> "Según el proyecto, los destinatarios de este régimen son los representantes legales, los gerentes o sus equivalentes, los revisores fiscales y los miembros de las juntas directivas de las entidades sin ánimo de lucro que reciban o administren recursos del Estado a cualquier título; de las empresas privadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado,

energía eléctrica, telefonía residencial, gas y recolección, transporte y disposición final de desechos; de las entidades vinculadas al sistema general de salud; los notarios, conciliadores, árbitros y jueces de paz; los representantes legales y los miembros de las juntas directivas de las cámaras de comercio; los curadores urbanos; los interventores de los contratos estatales; los jurados de votación, y los demás particulares que por mandato legal ejerzan funciones públicas"[326].

2. Responsabilidad disciplinaria del representante legal y de los miembros de la junta directiva.

El establecimiento de un régimen disciplinario especial para el representante legal y los miembros de la junta directiva de las personas jurídicas a las que alude el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, parte del artículo 6 del Estatuto Superior, en virtud del cual los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la Constitución y las leyes, mientras que los funcionarios públicos solamente pueden realizar lo que en esos mismos ordenamientos expresamente se les atribuye.

En tal sentido el artículo demandado establece como sujetos disciplinables a un grupo concreto de particulares: 1) los que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; 2) quienes ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas; 3) los encargados de prestar servicios públicos de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución[327] y 4) administren recursos estatales. Se establece, de igual manera, la siguiente excepción: las empresas de economía mixta que rijan por el régimen privado. A renglón seguido, el legislador dispone que cuando alguno de esos particulares sea una persona jurídica, la responsabilidad disciplinaria le será exigible al representante legal de la misma o a los miembros de su junta directiva.

Posteriormente, en el capítulo segundo del Título I "*Régimen de los particulares*", el legislador estableció un conjunto de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses para este grupo determinado de particulares disciplinables; de igual manera, en el capítulo tercero, se previó un catálogo de faltas gravísimas, las sanciones a imponer y la graduación de las mismas.

Este novedoso régimen disciplinario para determinados particulares presenta, como uno de sus fundamentos, la Ley 489 del 29 de Diciembre de 1998, "*por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional",* en especial su Capítulo XVI, donde se regula lo referente al ejercicio de funciones administrativas por los particulares, las cuales, en virtud del artículo 3 de la misma ley deberán ser desarrolladas conforme a los principios constitucionales, en particular los

---

326 Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24

327 Servicios públicos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Precisamente con el fin de que tales principios sean respetados por los particulares es que la Ley 734 de 2002 establece la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales de las personas jurídicas privadas y de los miembros de las juntas directivas de las mismas, dado que de no ser así habrían conductas que si bien son disciplinables, no se les podrían atribuir a ninguna persona.

En este orden de ideas, también es importante remitirse al artículo 74 de la citada ley, a cuyo tenor:

> "**Calidad de los miembros de los consejos directivos**. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.

En este orden de ideas, la Corte considera que una interpretación sistemática de la Ley 734 de 2002, arroja como resultado que realmente no se imponen sanciones disciplinarias como tales a las personas jurídicas sino a las personas naturales que ejercen como representantes legales de éstas o a quienes son miembros de su junta directiva, en los términos del artículo 56 de la citada ley.

No es cierto, en adición, lo planteado por el accionante, en cuanto a que la responsabilidad exigible de la persona jurídica es trasladada sin ninguna fórmula o juicio al gerente o director de ésta, toda vez que la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales y miembros de la junta directiva, no se puede entender como una responsabilidad objetiva. La persona a quien se le adelante una acción disciplinaria, podrá en el transcurso del proceso, ejercer su derecho de defensa, controvertir las pruebas, desvirtuar los hechos que le son imputados y alegar causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

Además, el establecimiento de un régimen disciplinario especial para los representantes legales y los miembros de las juntas directivas de determinadas personas jurídicas, con la prevención de unas determinadas faltas disciplinarias, se enmarca en los fines de esta disciplina jurídica, cual es garantizar el cumplimiento de unos deberes funcionales, y en tal sentido debe comprenderse el sentido del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva,* contenida en inciso segundo del art. 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales.

CAPITULO SEGUNDO

Artículo 54. ***Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses.*** Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.

2. Las contempladas en los artículos 8º de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.

3. Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.

Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES
- Regulación por decreto con fuerza de ley del régimen de los particulares

a) Cargos de la demanda

Estima el demandante que el vocablo *"decretos",* contenido en los artículos 54, numeral 3º, inciso 2º y 61 numeral 4º, y la expresión "*o reglamentarias*" contenida en el artículo 124, violan los artículos 29 inciso 2º, 123 inciso final y 150, numeral 23 de la Carta Política, pues temas tales como las inhabilidades, los impedimentos y las violaciones al régimen de conflicto de intereses tienen reserva legal, siendo la producción de tal legislación competencia exclusiva del Congreso de la República, por lo que es inconstitucional que los preceptos demandados incluyan los decretos como actos jurídicos habilitados para tratar tales materias.

b) Problema jurídico

El problema jurídico planteado en este cargo con respecto a los artículos 54, numeral 3º, inciso 2º y 61 numeral 4º, consiste en establecer si es constitucionalmente aceptable

que los decretos establezcan inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses.

(…)

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

Por razones metodológicas, la Corte estima pertinente dividir su análisis en tres partes a saber: en un primer momento, examinar lo referente al establecimiento de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses para los particulares que ejerzan funciones públicas, por vía de decreto con fuerza de ley; a continuación se estudiará lo concerniente a las faltas gravísimas cometidas por los notarios, y finalmente, se analizará lo relativo al artículo 124 de la Ley 734 de 2002.

1. Establecimiento de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses a los particulares por vía de decreto con fuerza de ley.

En sentencia C-1142/00 la Corte tuvo la oportunidad de examinar el tema del establecimiento de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para determinados particulares, a propósito de una demanda instaurada contra le artículo 90 del "Decreto Número 410 de 1971 (marzo 27), por el cual se expide el Código de Comercio". En dicha oportunidad esta Corporación consideró lo siguiente:

> *"Es preciso destacar que el desempeño de funciones públicas por los particulares está sujeto al régimen fijado por la ley, a la que corresponde además, regular su ejercicio. Y fue precisamente la ley, contenida en el Código de Comercio, la que consagró en el artículo 90 demandado la incompatibilidad de la que se trata, en cabeza de los abogados, economistas y contadores, por razón de la naturaleza de las funciones públicas que ejecutan las cámaras de comercio, en cuanto al desempeño de sus respectivas profesiones en forma paralela, pues, aparte de la distracción del tiempo que como empleados de tales instituciones debe ser exclusivo, el legislador estimó apropiado impedir toda clase de conflictos entre el interés puramente privado y el público."*

En esta ocasión, dado que el legislador decidió establecer un nuevo régimen disciplinario especial para los particulares, una de cuyas disposiciones es precisamente la demandada, la Corte considera necesario reiterar su jurisprudencia según la cual únicamente por vía legal, lo cual incluye a los decretos con fuerza de ley, se puede regular lo concerniente al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses a los particulares, como quiera que está de por medio el acceso a una función pública.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *decretos* que figura en el último inciso del artículo 54 de la Ley 734 de 2002, en el entendido de que se trata de decretos con fuerza de ley y por los cargos analizados en esta sentencia.

CAPITULO TERCERO

Artículo 55. *Sujetos y faltas gravísimas.* Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.

2. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución o en la ley.

3. Desatender las instrucciones o directrices contenidas en los actos administrativos de los organismos de regulación, control y vigilancia o de la autoridad o entidad pública titular de la función.

4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.

5. Cobrar por los servicios derechos que no correspondan a las tarifas autorizadas en el arancel vigente, o hacerlo por aquellos que no causen erogación.

6. Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas a los servidores públicos o particulares para obtener beneficios personales que desvíen la transparencia en el uso de los recursos públicos.

7. Abstenerse de denunciar a los servidores públicos y particulares que soliciten dádivas, prebendas o cualquier beneficio en perjuicio de la transparencia del servicio público.

8. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.

9. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo.

10. Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.

11. Las consagradas en los numerales 2, 3, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56 y 59, parágrafo cuarto, del artículo 48 de esta ley cuando resulten compatibles con la función.

Parágrafo 1°. Las faltas gravísimas, sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Jurisprudencia: La Corte Constitucional mediante sentencia **C-124/03** ordenó estarse a lo resuelto en la providencia **C-155/02**. Los apartes pertinentes se encuentran en seguida del artículo 13 sobre culpabilidad.

Parágrafo 2°. Los árbitros y conciliadores quedarán sometidos además al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular. Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado.

Artículo 56. ***Sanción.*** Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:

Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.

Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de uno a veinte años.

Artículo 57. ***Criterios para la graduación de la sanción.*** Además de los criterios para la graduación de la sanción consagrados para los servidores públicos, respecto de los destinatarios de la ley disciplinaria de que trata este libro, se tendrán en cuenta el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado, y la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado.

T I T U L O II

REGIMEN DE LOS NOTARIOS

CAPITULO PRIMERO

Artículo 58. ***Normas aplicables.*** El régimen disciplinario especial de los particulares, también se aplicará a los notarios y comprende el catálogo de faltas imputables a ellos, contempladas en este título.

Los principios rectores, los términos prescriptivos de la acción y de la sanción disciplinaria, al igual que el procedimiento, son los mismos consagrados en este código respecto de la competencia preferente.

Artículo 59. ***Órgano 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.

CAPITULO SEGUNDO

Faltas especiales de los notarios

Artículo 60. ***Faltas de los notarios.*** Constituye falta disciplinaria grave y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones.

Artículo 61. ***Faltas gravísimas de los notarios.*** Constituyen faltas imputables a los notarios, además de las contempladas en el artículo 48 en que puedan incurrir en el ejercicio de su función:

1. Incumplir las obligaciones para con la Superintendencia de Notariado y Registro, Fondo Cuenta Especial de Notariado, la Administración de Impuestos Nacionales, las demás de carácter oficial y las Entidades de Seguridad o Previsión Social.

2. Ejercer la función por fuera del círculo notarial correspondiente o permitir que se rompa la unidad operativa de la función notarial, estableciendo sitios de trabajo en oficinas de usuarios y lugares diferentes de la notaría.

3. Dar uso indebido o aprovecharse en su favor o en el de terceros de dineros, bienes o efectos negociables que reciban de los usuarios del servicio, en depósito o para pagos con destinación específica.

4. La transgresión de las normas sobre inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses previstos en la Constitución, la ley y decretos.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

> **FALTA DISCIPLINARIA** - Regulación por decreto con fuerza de ley del régimen de notarios

a) Cargos de la demanda

Estima el demandante que el vocablo *"decretos",* contenido en los artículos 54, numeral 3º, inciso 2º y 61 numeral 4º, y la expresión "*o reglamentarias*" contenida en el artículo 124, violan los artículos 29 inciso 2º, 123 inciso final y 150, numeral 23 de la Carta Política, pues temas tales como las inhabilidades, los impedimentos y las violaciones al régimen de conflicto de intereses tienen reserva legal, siendo la producción de tal legislación competencia exclusiva del Congreso de la República, por lo que es inconstitucional que los preceptos demandados incluyan los decretos como actos jurídicos habilitados para tratar tales materias.

b) Problema jurídico

El problema jurídico planteado en este cargo con respecto a los artículos 54, numeral 3º, inciso 2º y 61 numeral 4º, consiste en establecer si es constitucionalmente aceptable que los decretos establezcan inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses.

(…)

2. Faltas gravísimas cometidas por notarios públicos establecidas mediante decreto.

La ley 734 de 2002 introdujo importantes modificaciones al régimen disciplinarios de los notarios. Así pues, en la actualidad, a estos particulares que ejercen una función pública se le aplican las nuevas faltas imputables a los particulares, las faltas de que trata el artículo 48 de la citada ley (faltas gravísimas), un conjunto de nuevas faltas consideradas como gravísimas (art. 61 de la ley 734 de 2002), y asimismo, por voluntad del legislador, aquellas de que trata el Decreto-Ley 960 de 1970, su decreto reglamentario 2148 de 1983 y las normas especiales de que trata la función notarial.

Al respecto, la Corte ha insistido, que en materia disciplinaria existe una reserva legal, en el sentido de que únicamente por medio de una ley, incluyendo los decretos con fuerza de ley, se puede erigir un comportamiento determinado en conducta reprochable disciplinariamente. De tal suerte que el régimen sancionatorio aplicable a los notarios no puede ser la excepción a la regla, por cuanto no existe ninguna razón constitucionalmente válida para ello.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *decretos* que figura en el numeral 4 del artículo 61 de la Ley 734 de 2002, en el entendido de que se trata de decretos con fuerza de ley y por los cargos analizados en la presente sentencia.

5. Celebrar convenios o contratos con los usuarios o realizar conductas tendientes a establecer privilegios y preferencias ilegales en la prestación del servicio. Son preferencias ilegales, la omisión o inclusión defectuosa de los anexos ordenados por ley, según la naturaleza de cada contrato y el no dejar las constancias de ley cuando el acto o contrato contiene una causal de posible nulidad relativa o ineficacia.

Parágrafo. Las faltas gravísimas, sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Jurisprudencia: La Corte Constitucional mediante sentencia **C-124/03** ordenó estarse a lo resuelto en la providencia **C-155/02**. Los apartes pertinentes se encuentran en seguida del artículo 13 sobre culpabilidad.

Artículo 62. ***Deberes y prohibiciones.*** Son deberes y prohibiciones de los notarios, los siguientes:

1. Les está prohibido a los notarios, emplear e insertar propaganda de índole comercial en documentos de la esencia de la función notarial o

utilizar incentivos de cualquier orden para estimular al público a demandar sus servicios, generando competencia desleal.

2. Es deber de los notarios, someter a reparto las minutas de las escrituras públicas correspondientes a los actos en los cuales intervengan todos los organismos administrativos del sector central y del sector descentralizado territorial y por servicios para los efectos contemplados en el literal g) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, cuando en el círculo de que se trate exista más de una notaría.

3. Es deber de los notarios no desatender las recomendaciones e instrucciones de la Superintendencia de Notariado y Registro, en lo relacionado con el desempeño de la función notarial y prestación del servicio, contenidas en los actos administrativos dictados dentro de la órbita de su competencia.

4. Los demás deberes y prohibiciones previstas en el Decreto-ley 960 de 1970, su Decreto Reglamentario 2148 de 1983 y las normas especiales de que trata la función notarial.

CAPITULO TERCERO

Sanciones

Artículo 63. ***Sanciones.*** Los notarios estarán sometidos al siguiente régimen de sanciones:

1. Destitución para el caso de faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima.

2. Suspensión en el ejercicio del cargo para las faltas graves realizadas con dolo o culpa y las gravísimas diferentes a las anteriores.

3. Multa para las faltas leves dolosas.

Artículo 64. ***Límite de las sanciones.*** La multa es una sanción de carácter pecuniario la cual no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de 180 días de salario básico mensual establecido por el Gobierno Nacional.

La suspensión no será inferior a treinta días, ni superior a doce meses.

Artículo 65. ***Criterios para la graduación de la falta y la sanción.*** Además de los criterios para la graduación de la falta y la sanción consagrados para los servidores públicos, respecto de los notarios se tendrá en cuenta la gravedad de la falta, el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado, la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado y los antecedentes en el servicio y en materia disciplinaria.

LIBRO IV

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

T I T U L O I

LA ACCION DISCIPLINARIA

Artículo 66. ***Aplicación del procedimiento.*** El procedimiento disciplinario establecido en la presente ley deberá aplicarse por las respectivas oficinas de control interno disciplinario, personerías municipales y distritales, la jurisdicción disciplinaria y la Procuraduría General de la Nación.

El procedimiento disciplinario previsto en esta ley se aplicará en los procesos disciplinarios que se sigan en contra de los particulares disciplinables conforme a ella.

Artículo 67. ***Ejercicio de la acción disciplinaria.*** La acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura; la Superintendencia de Notariado y Registro; los personeros distritales y municipales; las oficinas de control disciplinario interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores y superiores jerárquicos inmediatos, en los casos a los cuales se refiere la presente ley.

Artículo 68. ***Naturaleza de la acción disciplinaria.*** La acción disciplinaria es pública.

Artículo 69. ***Oficiosidad y preferencia.*** La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o

de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Radicación Nº **011-78808-02**.

ANÓNIMO - Requisitos para iniciar la acción disciplinaria

"Frente a las quejas anónimas, el numeral 1º del artículo 27 de la Ley 24 de 1992 impone de manera general su inadmisión, pero el artículo 38 de la Ley 190 de 1995 la exceptúa cuando "existan medios probatorios suficientes" sobre la comisión de una "infracción disciplinaria" que permita adelantar la actuación de oficio. Y el artículo 69 de la Ley 734 de 2002 establece que la iniciación de la acción disciplinaria "**no procederá por anónimos** (subraya y negrillas fuera de texto), salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados" en los artículos antes citados.

En el presente asunto se trata de un escrito anónimo que cuestiona vagamente ciertas instituciones del nivel jurisdiccional de la ciudad de Cartagena sin señalamientos específicos y claros contra sus servidores, que, además, no se acompaña de ningún medio de prueba que pueda considerarse suficiente, como para que la acción disciplinaria sea iniciada oficiosamente, por lo que deberá inadmitirse como lo prescriben las normas legales mencionadas.

Iniciar de oficio una investigación disciplinaria sin que se satisfagan las exigencias procedimentales mínimas previstas en la ley para el caso de los anónimos, vulneraría el debido proceso establecido en la normatividad disciplinaria, pues para iniciarla es necesario que existan medios de prueba que permitan al operador disciplinario obtener cierta legalidad que justifique la operacionalización oficiosa por parte del Estado".

La Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando este invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual este la suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, esta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final.

Los personeros tendrán competencia preferente frente a la administración distrital o municipal.

Las denuncias y quejas falsas o temerarias, una vez ejecutoriada la decisión que así lo reconoce, originarán responsabilidad patrimonial en contra del denunciante o quejoso exigible ante las autoridades judiciales competentes.

Artículo 70. ***Obligatoriedad de la acción disciplinaria.*** El servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, si fuere competente, iniciará inmediatamente la acción correspondiente. Si no lo fuere, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente, adjuntando las pruebas que tuviere.

Si los hechos materia de la investigación disciplinaria pudieren constituir delitos investigables de oficio, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad competente, enviándole las pruebas de la posible conducta delictiva.

Artículo 71. ***Exoneración del deber de formular quejas.*** El servidor público no está obligado a formular queja contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni por hechos que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente el secreto profesional.

Artículo 72. ***Acción contra servidor público retirado del servicio.*** La acción disciplinaria es procedente aunque el servidor público ya no esté ejerciendo funciones públicas.

Cuando la sanción no pudiere cumplirse porque el infractor se encuentra retirado del servicio, se registrará en la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo previsto en este código, y en la hoja de vida del servidor público.

Artículo 73. ***Terminación del proceso disciplinario.*** En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión

motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias.

T I T U L O II

LA COMPETENCIA

Artículo 74. ***Factores que determinan la competencia.*** La competencia se determinará teniendo en cuenta la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad.

En los casos en que resulte incompatible la aplicación de los factores territorial y funcional, para determinar la competencia, prevalecerá este último.

Artículo 75. ***Competencia por la calidad del sujeto disciplinable.*** Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros.

El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión.

Cuando en la comisión de una o varias faltas disciplinarias conexas intervengan servidores públicos y particulares disciplinables la competencia radicará exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación y se determinará conforme a las reglas de competencia que gobiernan a los primeros.

Las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con el principio de la doble instancia, correspondiendo la segunda en todo caso al respectivo personero. Donde ello no fuere posible la segunda instancia le corresponderá al respectivo Procurador Regional.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Radicación Nº **011-74812-2002**.

NULIDAD / COMPETENCIA POR LA CALIDAD DEL SUJETO / FUNCIONARIOS JUDICIALES - Sujetos que tienen esta calidad

Para resolver la solicitud de nulidad de la implicada en las presentes diligencias es necesario analizar lo indicado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en el artículo 125 que señala quiénes son funcionarios judiciales.

Así, tienen la calidad de funcionarios judiciales los magistrados de las Corporaciones Judiciales, los jueces de la República y los fiscales; y son empleados los que ocupen los demás cargos en las corporaciones y despachos judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la rama judicial.

Teniendo en cuenta la norma indicada, los Directores Seccionales de Fiscalías no se encuentran dentro de la categoría de "Funcionarios Judiciales", toda vez que su función principal es administrativa y no jurisdiccional, como así se desprende de las atribuciones asignadas a ellos por el Decreto 261 de 2000, que modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación, en su artículo 32.

En efecto, es cierto que la Corte Constitucional mediante sentencia C-948 de 2002 aclaró que los funcionarios judiciales tenían sólo un juez natural para ser investigados disciplinariamente, como así está determinado en la Constitución Política de Colombia, en garantía de "...la independencia técnica, científica y funcional de la función judicial y que uno de los elementos de esta independencia se concreta, por querer del Constituyente, en la existencia de una jurisdicción disciplinaria autónoma encargada de disciplinar a los funcionarios judiciales que administran justicia.". Y por eso la declaratoria de inexequibilidad parcial del artículo 3° de la ley 734 de 2002.
...

Disciplinariamente, es a nivel interno de la Fiscalía y no ante el Consejo Superior de la Judicatura que corresponde investigar disciplinariamente a los Directores Seccionales y sobre dichas investigaciones la Procuraduría puede ejercer el poder preferente, o iniciarlas si es el caso.

Ahora, es cierto que la Secretaría de esta Procuraduría Delegada remitió a la aquí implicada, el oficio número 0015 anexo a la solicitud de nulidad, sin embargo, esta comunicación tiene que ver con el asunto distinguido con la radicación 011-72571-02, como así se consigna en el referido oficio.

Dentro de las diligencias preliminares distinguidas con la radicación mencionada aparece como implicada la doctora (...), pero en su condición de Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de (...) y en ellas el que aparece como quejoso es el señor...

Como los Fiscales Delegados ante los Tribunales sí ejercen funciones jurisdiccionales, se remitió dicha actuación al Consejo Superior de la Judicatura en cumplimiento de lo indicado en la sentencia de la Corte Constitucional por ser un asunto de su exclusiva

competencia. Mientras que el presente proceso, distinto al que se sigue en aquella Corporación, corresponde a esta Delegada, de conformidad con el literal i), numeral 1° del artículo 25 del Decreto 262/00, consonante con el artículo 19 de la Resolución 017 emitida en el mismo año por el señor Procurador General de la Nación.

De conformidad con lo antes expuesto no procede la nulidad invocada por la implicada, relacionada con la falta de competencia y en consecuencia, se continuará con el trámite ordenado en la decisión del 19 de marzo de 2003, que dispuso notificarle la apertura de investigación y la práctica de varias pruebas.

Artículo 76. ***Control disciplinario interno.*** Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

Jurisprudencia: Este inciso corresponde en similar sentido al artículo 48 de la Ley 200 de 1995, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-996/01**.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVA - No desconocimiento de principios e interés general

CONTROL INTERNO EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA

ACCIÓN DISCIPLINARIA - Titularidad **/ CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO** - Naturaleza y finalidad

CONTROL DISCIPLINARIO Y CONTROL DE GESTIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA - Distinción

CONTROL INTERNO EN ENTIDAD PÚBLICA - Finalidad

CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO Y CONTROL INTERNO DE GESTIÓN - Distinción

SISTEMA NACIONAL DE CONTROL INTERNO

2. Planteamiento del problema

2.1. Según el demandante los artículos 48, 49, 57 y 61, incisos primero y segundo, violan el artículo 277 numeral 6 de la Constitución Política, porque otorgan funciones disciplinarias a las Oficinas de Control Interno Disciplinario y a los jefes inmediatos, desconociendo que según la norma superior citada, la función de adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones correspondientes de conformidad con la ley, le corresponde ejercerla en forma excluyente al Procurador General de la Nación, directamente o por medio de sus delegados o agentes.

No encuentra el actor ningún fundamento constitucional para la creación de las Oficinas de Control Disciplinario Interno, pues el control interno que consagra el artículo 209 Superior, invocado por el legislador como fundamento para expedir la Ley 200 de 1995, se encuentra referido a las autoridades administrativas que deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, lo cual, en su concepto, no se logra a través de una ley disciplinaria.

2.2. El Estado Colombiano se encuentra fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (art. 1 CP), así, entre sus fines se encuentran el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que consagra la Constitución (art. 2 CP). Para hacer efectivos esos postulados y asegurar el cumplimiento de las funciones del Estado, además de las tres ramas del poder público, existen otros órganos autónomos e independientes (art. 113 ibídem), como lo es la Procuraduría General de la Nación.

El artículo 118 de la Constitución Política, establece que al Ministerio Público le corresponde “la guarda y la promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”, y que será ejercido por el Procurador General, los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales, el Defensor del Pueblo “y por los demás funcionarios que determine la ley”.

Ahora bien, la Procuraduría General de la Nación es un organismo de control, independiente y autónomo, de carácter administrativo[328], y, en ese orden de ideas, no puede desconocer los principios de orden constitucional que rigen la función administrativa y el presupuesto, según el cual esa función se encuentra al servicio de los intereses generales. De ahí, que se hayan establecido controles para que la actividad de los servidores del Estado, se enmarque dentro de los imperativos de la

[328] Sentencia C-244 de 1996

igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad "mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones" (CP. Art. 209).

Para el adecuado ejercicio de la función administrativa, la norma constitucional citada en el párrafo precedente, dispone que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el cumplimiento de los fines del Estado y, por ello dispone que la administración pública en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que establezca la ley, control que como lo señala la Vista Fiscal, debe ser entendido como el mecanismo que garantiza la buena marcha de la administración en beneficio del interés de la comunidad.

Teniendo en cuenta que la función administrativa le compete ejercerla a los servidores públicos, que al tenor del artículo 123 Superior son "los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento", la responsabilidad de los mismos en cuanto a su conducta oficial, le corresponde determinarla y hacerla efectiva a la ley (art. 124 C.P.). Por ello, el legislador en cumplimiento del mandato constitucional, expidió el Código Disciplinario Único, mediante el cual se regula el comportamiento disciplinario de los servidores del Estado, fijándole los deberes y las obligaciones, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas[329].

El Código Disciplinario Único consagra en su artículo 1º que la titularidad de la acción disciplinaria le corresponde al Estado a través de sus ramas y órganos, y para hacer efectiva dicha potestad consagra en el artículo 48 ahora demandado un control disciplinario interno, disponiendo que en todas las ramas u organismos, con excepción de la rama judicial, se debe constituir una unidad u oficina del más alto nivel encargada de conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios adelantados contra los servidores del Estado; y, en el artículo 49 también acusado, define el significado de ese control interno, en los siguientes términos : "Cuando en este Código se utilice la locución "control interno o control disciplinario de la entidad" debe entenderse por tal la oficina o dependencia que conforme a la ley tenga a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria".

Como lo manifiesta el Ministerio Público, esta Corporación en forma reiterada se ha pronunciado sobre la importancia de ese control disciplinario, cuya fuente constitucional se encuentra consagrada, al contrario de lo manifestado por el demandante, en el artículo 209 de la Carta. Ha dicho la Corte en ese sentido, que:

"3. En múltiples decisiones, esta Corporación ha estudiado la naturaleza y finalidad del derecho disciplinario y ha concluido que éste es consustancial a la organización política

[329] Sentencia C-417 de 1993

y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (CP art. 1º), por cuanto de esa manera se 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 (CP arts. 2º y 209). Por ello, el derecho disciplinario 'está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, ya que los servidores públicos no sólo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP Art. 6º)"[330]

Distinto resulta el control disciplinario al control de gestión de la función administrativa, que igualmente encuentra su fundamento constitucional en el artículo 209 Superior y, como acertadamente lo afirma el demandante, en el artículo 269 ibídem, en el cual fue enfático el Constituyente al disponer que al interior de todas las entidades públicas debe existir un control de primer grado, que es el interno y, que como lo ha dicho esta Corte, ese control es "principalmente axiológico y finalista, pues propende por asegurar que la gestión institucional de todos los órganos del Estado, se oriente hace la realización de los fines que constituyen su objetivo y, que esta se realice con estricta sujeción a los principios constitucionales que guían el ejercicio de la función pública"[331].

En desarrollo del mandato contenido en el artículo 269 citado, se expidió la Ley 87 de 1993, por la cual se consagran normas para el ejercicio de ese control en las entidades y organismos del Estado. En su artículo 1º, la ley mencionada define la naturaleza del control interno en los siguientes términos: "Se entiende por control interno el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.

El control interno debe consultar los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de costos ambientales...".

Se observa entonces, que no hace falta un esfuerzo especial para advertir que el control disciplinario interno y el control interno de gestión, aunque tienen la misma finalidad[332] cual es contribuir al servicio de los intereses generales del Estado

---

[330] Cfr. Corte Constitucional C-417/93, C-251/94, C-427/94

[331] Sentencia C-506 de 1999

[332] CDU Art. 17 Finalidades de la Ley y de las sanciones disciplinarias. La ley disciplinaria garantiza el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.
Las sanciones disciplinarias cumplen esencialmente los fines de prevención y de garantía de la buena marcha de la gestión pública.

estableciendo mecanismos para la adecuada y correcta gestión administrativa, difieren sustancialmente en los objetivos. Mientras el control disciplinario consiste en el poder punitivo del Estado frente a la violación de la Constitución, la ley o el reglamento, por parte de los servidores públicos lo que le permite vigilar la conducta oficial de las personas que desempeñan funciones públicas, el control interno de gestión se encuentra encaminado a lograr la modernización de la administración pública y el mejoramiento de la capacidad de gestión de sus instituciones, tendiente a la consecución de mayores niveles de eficiencia en todos los órganos y entidades del Estado.

Adicionalmente, el legislador al expedir la Ley 489 de 1998 en el artículo 27, creó el Sistema Nacional de Control Interno "conformado por el conjunto de instituciones, instancias de participación, políticas, normas, procedimientos, recursos, planes, programas, proyectos, metodologías, sistemas de información, y tecnología aplicable, inspirado en los principios constitucionales de la función administrativa cuyo sustento fundamental es el servicio público". Dispuso la misma ley en el parágrafo 2º del artículo 29 que "Las unidades u oficinas que ejercen las funciones de control disciplinario interno de que trata el artículo 48 de la Ley 200 de 1995 no hacen parte del control interno".

Así las cosas, considera la Corte que los artículos 48 y 49 del Código Disciplinario Único, al establecer un Control Disciplinario Interno no violan la Constitución Política, sino por el contrario, contribuyen a los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro (art. 17, CDU).

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario.

En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

Parágrafo 1°. La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.

Parágrafo 2°. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

Parágrafo 3°. Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél.

Jurisprudencia: El artículo 57 de la Ley 200 de 1995 establecía: "Artículo 57.- COMPETENCIA PARA ADELANTAR LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA. La investigación disciplinaria se adelantará por el organismo de control interno disciplinario o por el funcionario que señale el jefe de la entidad o de la dependencia regional o seccional y deberá ser de igual o superior jerarquía a la del investigado. La investigación se realizará de conformidad con lo previsto en este código."

Dicho artículo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-996/01**.

INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA - Competencia funcional

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN - Vigilancia superior ***/*** **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Ejercicio preferente del poder disciplinario

FUNCIÓN DISCIPLINARIA - Desconcentración

FUNCIÓN DISCIPLINARIA - Ejercicio interno y externo

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN - Funciones exclusivas

2.3. Se demandan también los artículos 57 y 61, incisos primero y segundo de la Ley 200 de 1995, que asignan competencias en las entidades u organismos del Estado para adelantar la investigación disciplinaria en relación con los servidores públicos que allí laboran. El primero de los artículos citados, dispone que la investigación se adelantará por el organismo de control interno disciplinario o por el funcionario designado al efecto por el jefe de la entidad, o de la dependencia regional o seccional, quien deberá ser de igual o superior jerarquía a la del investigado. Por su parte, los incisos demandados del artículo 61, establecen que cuando la falta sea leve le corresponde al jefe inmediato del investigado fallar el proceso en única instancia, y cuando se trate de falta calificada como grave o gravísima, el competente será el jefe de la dependencia o de la seccional

o regional correspondiente, quien fallará el proceso en primera instancia, correspondiéndole la segunda al nominador.

Considera el demandante que estas disposiciones vulneran el artículo 277 numeral 6 de la Constitución Política, porque desconocen la competencia exclusiva y excluyente que tiene el Procurador General de la Nación o sus delegados y agentes, para adelantar procesos disciplinarios en contra de servidores públicos cuando se encuentren incursos en alguna de las causales que al efecto establece la ley.

Tal y como lo establece el artículo 275 de la Constitución, el Procurador General es el supremo director del Ministerio Público, en tal virtud tiene entre otras funciones la que consagra el artículo 277 numeral 6 "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".

Como lo expresa el Ministerio Público, el carácter de superior que le atribuye la norma constitucional citada a la competencia del Procurador General de la Nación, indica la existencia de jerarquías inferiores encargadas de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores del Estado. Igualmente, al referirse la norma superior a la facultad del ejercicio preferente del poder disciplinario que ejerce el Procurador General, implica el reconocimiento del poder disciplinario en otros funcionarios del Estado.

La pregunta que surge de la acusación hecha en la demanda, es si los artículos 57 y 61, incisos primero y segundo, al otorgar competencias en materia disciplinaria a otros funcionarios del Estado, desnaturaliza la condición de supremo director del Ministerio Público que la Carta le otorga al Procurador General y, por ende, se viola el artículo 277-6 superior.

La respuesta a este interrogante, ha sido resuelta por esta Corporación en reiterada jurisprudencia. En efecto, desde los inicios de esta Corte, se dijo en la sentencia C-417 de 1993 lo siguiente "La Constitución Política de 1991 no concentra la función disciplinaria en cabeza de un organismo único, aunque establece una cláusula general de competencia en la materia a cargo de la Procuraduría General de la Nación (...) Aplicado este concepto al asunto que nos ocupa, significa que la Procuraduría General de la Nación es el organismo que goza, por mandato constitucional, de una cláusula general de competencia para conocer de las faltas disciplinarias de los empleados, en ejercicio de un poder que prevalece sobre el de otros órganos estatales".

Tenemos entonces, que no resulta contrario a la Carta la radicación de competencias del ejercicio del poder disciplinario en otros órganos y entidades del Estado. Al contrario, esa desconcentración de la función disciplinaria hace más efectiva la vigilancia de la conducta oficial de los servidores del Estado en todas las ramas y órganos del poder público. Así el control disciplinario puede cumplir con sus finalidades

y objetivos, pues, como lo ha dicho esta Corporación, se trata de un presupuesto necesario para que en un Estado de Derecho se garantice el buen nombre y la eficiencia de la administración, y se asegure que quienes ejercen la función pública lo hagan en beneficio de la comunidad y sin detrimento de los derechos y libertades de los asociados[333].

Considera la Corte que no le asiste razón al demandante, en su afirmación de la competencia exclusiva y excluyente del Procurador General de la Nación, sus delegados y agentes en materia disciplinaria, porque, esa función se ejerce desde dos ámbitos, uno interno y otro externo. En ese sentido la doctrina constitucional ha manifestado: "Por un lado existe la potestad disciplinaria interna, que es ejercida por el nominador o el superior jerárquico del servidor estatal. Por el otro, existe un control disciplinario externo, que de acuerdo con la Constitución (arts. 118 y 277-6), les corresponde al Procurador General de la Nación, sus delegados y agentes, y en virtud del cual deben 'ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular, ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes; e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

La potestad de la Procuraduría para ejercer el poder disciplinario sobre cualquier empleado estatal, cualquiera que sea su vinculación, tiene el carácter de prevalente o preferente. En consecuencia, dicho organismo está autorizado para desplazar al funcionario público que esté adelantando la investigación, quien deberá suspenderla en el estado en que se encuentre y entregar el expediente a la Procuraduría. Como es obvio, si la Procuraduría decide no intervenir en el proceso disciplinario interno que adelanta la entidad a la que presta sus servicios el investigado, será ésta última la que tramite y decida el proceso correspondiente"[334]. (Subrayas fuera de texto).

No obstante lo anterior, existen funciones que por mandato constitucional (art. 278 CP), sí se encuentran radicadas en forma exclusiva en el Procurador General de la Nación, las cuales deben ser asumidas directamente por él sin que pueda siquiera delegarlas en sus subalternos jerárquicos[335], ni mucho menos, podrán ser ejercidas por funcionarios públicos vinculados a otras ramas u órganos del Estado. Así lo dispuso igualmente el legislador al expedir el Decreto-ley 262 de 2000, que en el inciso primero del parágrafo del artículo 7, dispuso que "El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las funciones que le otorga el artículo 278 de la Constitución Política. Las señaladas en el artículo 277 constitucional y las demás atribuidas por el legislador podrá ejercerlas por sí, o delegarlas en cualquier servidor público o dependencia de la entidad, en los términos establecidos en este decreto".

[333] Sentencia C-057 de 1998
[334] Ibídem
[335] Sentencia C-429 de 2001

Por ello, las disposiciones de la ley demandada que asignan competencias disciplinarias a otros entes estatales no violan el artículo 277-6 de la Constitución Política, pues, las atribuciones que pueden ser ejercidas por agentes y delegados del Ministerio Público y por otras entidades del Estado, son las descritas en el artículo 277 citado[336].

Por las razones expuestas, la Corte tampoco encuentra inconstitucionales los artículos 57 y 61, incisos primero y segundo de la Ley 200 de 1995, en consecuencia los declarará exequibles.

Artículo 77. ***Significado de control disciplinario interno.*** Cuando en este código se utilice la locución "control disciplinario interno" debe entenderse por tal, la oficina o dependencia que conforme a la ley tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria.

Jurisprudencia: Este artículo corresponde en similar sentido al artículo 49 de la Ley 200 de 1995 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-996/01**. Los apartes pertinentes se encuentran en seguida del primer inciso del artículo 76.

Artículo 78. ***Competencia de la Procuraduría General de la Nación.*** Los procesos disciplinarios que adelante la Procuraduría General de la Nación y las personerías distritales y municipales se tramitarán de conformidad con las competencias establecidas en la ley que determina su estructura y funcionamiento y resoluciones que la desarrollen, con observancia del procedimiento establecido en este código.

Artículo 79. ***Faltas cometidas por funcionarios de distintas entidades.*** Cuando en la comisión de una o varias faltas conexas hubieren participado servidores públicos pertenecientes a distintas entidades, el servidor público competente de la que primero haya tenido conocimiento del hecho, informará a las demás para que inicien la respectiva acción disciplinaria.

Cuando la investigación sea asumida por la Procuraduría o la Personería se conservará la unidad procesal.

[336] Ibídem

Artículo 80. ***El factor territorial.*** Es competente en materia disciplinaria el funcionario del territorio donde se realizó la conducta.

Cuando no puedan ser adelantados por las correspondientes oficinas de control interno disciplinario, las faltas cometidas por los servidores públicos en el exterior y en ejercicio de sus funciones, corresponderá a los funcionarios que de acuerdo con el factor subjetivo y objetivo, fueren competentes en el Distrito Capital.

Cuando la falta o faltas fueren cometidas en diversos lugares del territorio nacional, conocerá el funcionario competente que primero hubiere iniciado la investigación.

Artículo 81. ***Competencia por razón de la conexidad.*** Cuando un servidor público cometa varias faltas disciplinarias conexas, se investigarán y decidirán en un solo proceso.

Cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Radicación Nº **011-53456-01**.

CONEXIDAD PROCESAL - Comunidad de medio probatorio

Etimológicamente la palabra CONEXIDAD significa “enlazado con” vocablo que se aplica en el Derecho Disciplinario, al señalar en el artículo 60 la competencia que se adquiere cuando las faltas sean conexas o cuando varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas.

Esa unidad de juzgamiento tiene su razón de ser, cual es la de hacer válido el principio de la economía procesal, bajo el cual procede el examen en conjunto de los hechos materia de debate y de las pruebas recaudadas.

Esta Delegada tiene competencia para juzgar conjuntamente la conducta de los dos implicados, con fundamento en el inciso 2o. del artículo 60 de la Ley 200 de 1995, norma vigente para la época de los hechos.

La defensa expresa que esta Delegada no tiene competencia para investigar al TC... por cuanto considera que no hay ningún vínculo determinante que haga pensar en la

conexidad existente entre el superior y el inferior, porque la averiguación inicial de los hechos fue distinta, separada de quien tomó la decisión de archivarla y de hecho, la naturaleza de las dos funciones se contraponen en su esencia, por lo que no hay similitud alguna que pueda llevar a deducir que la acción del uno "arrastra" necesariamente la actuación del otro investigado.

El recurrente no tiene razón en sus apreciaciones, pues en el presente caso la conexidad es clara, toda vez que las faltas cometidas por los dos servidores públicos están relacionadas entre sí, como que ocurrieron dentro de una misma investigación disciplinaria, existiendo unidad en cuanto a las circunstancias en que acaecieron y de los medios probatorios recaudados y utilizados para la decisión a la que se llegó, indistintamente de quienes participaron en ella, o sea servidores con diferentes funciones o jerarquías. Los hechos imputados a cada uno de los investigados forman parte de una misma unidad o materia, pues fueron cometidos dentro de una averiguación disciplinaria por lo que la actuación del uno, o sea la del Coronel..., de mayor jerarquía, subsume la del TC..., motivo por el cual deben ser investigados bajo una misma cuerda procesal.

Igual puede decirse ante la conexidad procesal, cuya definición doctrinaria hace el escrito de impugnación en el que se indica que no se requiere de la existencia de vínculos determinantes, sino que el vínculo surge por causas de conveniencia o economía procesal, razón por la que tampoco puede predicarse nulidad de la actuación, toda vez que el asunto debatido, se halla ubicado dentro de la clasificación que la doctrina ha denominado "COMUNIDAD DE MEDIO PROBATORIO", que se refiere a que cuando una misma prueba permite demostrar varias irregularidades, se pueden tramitar las diferentes faltas conjuntamente, es decir, bajo una misma cuerda procesal, indistintamente de la clase o pluralidad de servidores públicos que las hayan cometido.

Artículo 82. ***Conflicto de competencias.*** El funcionario que se considere incompetente para conocer de una actuación disciplinaria deberá expresarlo remitiendo el expediente en el estado en que se encuentre, en el menor tiempo posible, a quien por disposición legal tenga atribuida la competencia.

Si el funcionario a quien se remite la actuación acepta la competencia, avocará el conocimiento del asunto; en caso contrario, lo remitirá al superior común inmediato, con el objeto de que éste dirima el conflicto. El mismo procedimiento se aplicará cuando ambos funcionarios se consideren competentes.

Doctrina: Sala Disciplinaria Radicación Nº **161-01773 (021-079894/2002)**

CONFLICTO DE COMPETENCIAS - Inadecuada o indebida imputación presupuestal al celebrarse contratos de prestación de servicios

2. En lo atinente a la aplicación de dichas disposiciones, esta Sala Disciplinaria se ha pronunciado en múltiples oportunidades, una de ellas, en la providencia del 05 de febrero de 2002, proferida dentro del Radicado No. 161-01137 (028-56931/01), -citada por la Delegada para la Economía y la Hacienda Pública-, en la cual se determinaron los criterios a tener en cuenta para dirimir los conflictos de competencias entre esas delegadas, tales como:

"... el factor que dirime los conflictos de competencia no es el medio o mecanismo jurídico utilizado por la administración para cumplir determinado objetivo, esto es el contrato estatal, o la fuente de los recursos comprometidos, sino la determinación de la naturaleza de la situación presuntamente irregular que sea objeto de reproche disciplinario. De modo que no se puede de manera general afirmar que en cuanto existan situaciones que se relacionen con la administración o utilización de recursos de regalías, por ejemplo, la competencia sea necesaria e indefectiblemente de la Delegada para la Economía y la Hacienda Pública y que si, de otra parte, estamos frente a conductas que se desarrollan en el marco de un contrato, la competencia sea necesaria e indefectiblemente de las Delegadas para la Contratación Estatal, ...

La Sala se permite en esta oportunidad considerar y precisar, en cambio, que si en el proceso disciplinario encontramos que la posible conducta irregular se presenta en los actos preparatorios de la contratación, en el cumplimiento de los requisitos y procedimientos presupuestales que deben ser observados previa y coetáneamente en un proceso de contratación o en la liquidación y el pago de las obligaciones contractuales, de las que se pueda deducir la probable transgresión no sólo de normas reguladoras de la materia contractual sino también presupuestal, en forma secundaria o consecuencial, prima aquella situación sobre el carácter del recurso que financió el contrato, siempre y cuando no se presente la conexidad regulada por el parágrafo del artículo 19 de la Resolución 0017 de 2000. Es decir, en este tipo de eventos, para efecto de la definición de un conflicto de competencias, se debe tener en cuenta que se trata de una discusión de orden contractual. (Subrayado del texto).

Lo anterior debe considerarse así, porque el investigador se halla frente a una irregularidad de naturaleza contractual, independientemente, en primer lugar, de la clase de los recursos utilizados, y, en segundo lugar, de que inicialmente o en el curso de la investigación pudiera establecerse que con la conducta objeto de reproche se cause la violación de normas de orden presupuestal en forma secundaria o consecuencial. En esta hipótesis, tratándose de una conducta que genera la violación de normas presupuestales de una manera secundaria o consecuencial, porque lo primero es la irregularidad de orden contractual, la Sala reitera que la competencia corresponde a las Delegadas para la Contratación Estatal. Debe, pues, tenerse el cuidado de determinar cuál es la irregularidad primigenia que concentra la atención del investigador disciplinario, y a partir de ella, determinar la competencia.

Por el contrario, si en el proceso disciplinario encontramos que la posible conducta irregular se presenta ***directamente*** *en la administración y utilización de recursos provenientes de monopolios, regalías, transferencias de la Nación a entidades territoriales, de rentas de destinación específica, fondos cuenta y créditos públicos, para definir el conflicto de competencias primará esta situación, aunque el medio utilizado por la autoridad pública para concretar esa equivocada administración o utilización hubiere sido un contrato. Si la irregularidad que se investiga consiste, pues, en la indebida administración o utilización de esa naturaleza, la competencia corresponde a la Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, como cuando, por ejemplo, se cuestiona la destinación diferente que se dio a unos recursos que eran para salud y se gastaron en funcionamiento.*(Negrillas del texto)

El estado en el que se encuentre el proceso disciplinario, las providencias que se hubieren proferido y el material probatorio obrante en el plenario, brindarán los elementos de juicio necesarios para determinar cuáles y de qué naturaleza son las conductas a investigar y, como consecuencia de ello, en qué dependencia se encuentra radicada la competencia para asumir su conocimiento".

3. De otra parte, la Sala, en providencia del 15 de febrero de 2002, proferida dentro del Radicado No.161-01038 (165-53297/01), al dirimir el conflicto de competencia suscitado entre las Procuradurías Delegadas para la Economía y la Hacienda Pública y la Segunda para la Contratación Estatal, determinó asignarla a esta última, al considerar que las irregularidades allí referidas aludían a la "incoherencia existente, presuntamente, entre el objeto del contrato y la imputación presupuestal efectuada en la expedición del correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal al haber comprometido el gasto, según lo expresado en los informes de la Contraloría General de la República, por ejemplo por el rubro materiales y suministros, siendo lo correcto haber afectado el rubro compra de equipo, por haberse pactado como objeto del contrato la compra de un equipo de aire acondicionado".

Para el efecto, esta Corporación en esa oportunidad expresó que las presuntas irregularidades se referían a erróneas imputaciones presupuestales y por ello se debía partir del precepto legal establecido en el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, según el cual, las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. De lo anterior se infirió que la correcta expedición de dicho certificado, forma parte de la etapa preparatoria del proceso contractual y constituye un requisito sine qua non en la iniciación del proceso de contratación y en la ordenación del gasto.

La Sala expresó igualmente en la citada providencia del 15 de febrero de 2002, que el aludido certificado de disponibilidad presupuestal debe estar ajustado al objeto a contratar, y dentro del respectivo proceso éste es uno de los aspectos propios de la etapa preliminar a la suscripción del contrato (precontractual), en la cual se ejecutan los procedimientos atinentes a la formación del contrato, consistentes en acciones que

deben desarrollar previamente las entidades públicas para llegar a la decisión de contratar y, una vez agotados, proceder a la celebración de los contratos, evitando la presencia de vicios que los afecten.

4. Ahora bien, en el presente caso, las diligencias se iniciaron con fundamento en los documentos denominados Anexo 2 y Anexo 4, visibles en los folios 2 al 13 del cd. 1, que forman parte del Informe de Auditoría Integral elaborado por la Contraloría General de la República (fls. 2 al 77 del cd.4), según los cuales, la Corporación Autónoma Regional del Magdalena –CORPAMAG- cargó presupuestalmente a Proyectos de Inversión, unos gastos de funcionamiento durante las vigencias 1998 y 1999 por conceptos u objetivos discriminados en cada uno de los contratos allí relacionados, considerados incoherentes con los objetivos y metas de dichos proyectos.

De acuerdo con lo anterior se advierte que la presunta irregularidad se refiere a la destinación diferente que se dio a las partidas registradas en el Presupuesto de Inversión, pues fueron utilizadas para atender gastos por las obligaciones contraídas en dichos contratos y que correspondían al Presupuesto de Funcionamiento; esto es, atañe a aspectos relacionados con la ejecución del presupuesto de CORPAMAG, si se tiene en cuenta que los respectivos CDP se expidieron con base en la supuesta imputación irregular descrita, y por consiguiente, los valores correspondientes a las mencionadas contrataciones fueron así cancelados.

Lo anterior se encuentra corroborado en el citado Informe de Auditoría Integral de la Contraloría General de la República cuando señala que CORPAMAG "utilizó en forma indebida varios proyectos de inversión para completar el valor de los contratos ..., cuyos objetos son realizar labores inherentes a Revisoría Fiscal, que en nada guardan relación con el concepto del gasto de los mismos, por cuanto dichas actividades corresponden a funciones propias de la entidad que sólo pueden afectar el rubro de Remuneración de Servicios Técnicos, dentro de gastos de funcionamiento, bajo las condiciones y requisitos definidos en las normas presupuestales para ello, más no por inversión". (fl.7 cd. 4).

Igualmente, en dicho informe el organismo de control expresa: "No obstante la legislación sobre presupuesto, se utilizaron los recursos del presupuesto de inversión por $118.742.204.oo durante la vigencia 1998 y por $152.592.825.oo en el primer semestre de 1999, para suplir debilidades estructurales de la entidad o insuficiencias en las apropiaciones del presupuesto de gastos de funcionamiento, contraviniendo el principio de especialización presupuestal al no desarrollar el objeto de las apropiaciones conforme al fin para el cual fueron programadas, restando con ello efectividad y eficacia en los resultados de la gestión ambiental". (fl.7 cd.4).

Así mismo, señala: "Otra de las formas en que la Corporación dio orientación diferente a los recursos de inversión fue a través e la errada aplicación del principio de programación integral del gasto, al no tener en cuenta que todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarias para su ejecución

y operación, siempre y cuando estos gastos de funcionamiento sean inherentes a los respectivos proyectos de inversión y no a las necesidades administrativas, técnicas u operativas de la entidad. (fl.7 cd.4).

5. En este orden de ideas, la SALA estima que le asiste razón a la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal cuando señala que no es la competente para conocer sobre estas diligencias, sino a la Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, ya que, tal como se dejó reseñado, las mismas tratan sobre aspectos relacionados con la ejecución del presupuesto de CORPAMAG, al dar destinación diferente a las partidas del Presupuesto de Inversión, pues se afectaron con valores correspondientes a gastos de funcionamiento (por las referidas contrataciones), encuadrándose en la descripción contenida en el inciso 5º, numeral 2º del artículo 19 de la Resolución No. 017 del 04 de marzo de 2000, que establece: "Cuando se trate de conductas relacionadas con la hacienda pública, planes de desarrollo y todas las demás formas de intervención del Estado en la economía, lo cual comprende las siguientes materias:
...
2.-... ejecución,... del presupuesto;

La **Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública** asume las funciones y competencias disciplinarias establecidas en los literales a), b), c), k) y l) del numeral 1 del artículo 25 del Decreto 262 de 2000; y en el literal i) exclusivamente en lo que se refiere al Director Nacional y los Directores Seccionales de la Administración de Justicia, del numeral 1 del artículo 25 del mismo decreto, así como las funciones y competencias establecidas en los numerales 4, 5, 6, y 7 del artículo 25 del Decreto 262 de 2000". (Negrillas del texto).

En ese mismo sentido, advierte la Sala que dicha Delegada, con anterioridad, mediante auto del 18 de diciembre de 2001 (fls. 140 a 146 cd.1) ordenó la apertura de investigación disciplinaria en contra del prenombrado Director de CORPAMAG, para lo cual adujo la presunta violación del principio de la especialización contemplado en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, dada la probable destinación oficial diferente de aportes provenientes del Presupuesto General de la Nación, de las vigencias fiscales de 1998 y 1999, consistente en haber imputado irregularmente al presupuesto de inversión, gastos de funcionamiento que no se relacionarían con proyectos de inversión pública.

6. Ahora bien, en la citada providencia del 15 de febrero de 2002, proferida por esta Sala Disciplinaria se precisó que las irregularidades se referían a la incoherencia entre el objeto del contrato y la imputación presupuestal efectuada en la expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal, por comprometer el rubro materiales y suministros, en vez del de compra y equipo, y por ello se analizó desde el punto de vista de la errónea imputación presupuestal, partiendo del precepto legal establecido en el numeral 6º, artículo 25 de la Ley 80 de 1993, referido a que deben existir las partidas o disponibilidades presupuestales, previamente a la iniciación de cualquier proceso contractual, tratándose por tanto

desde la óptica de la correcta expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal, cuando se vislumbra en forma primigenia era destinación diferente dada a las partidas apropiadas para los respectivos rubros presupuestales.

En este orden de ideas, se tiene que, contrario a lo expresado en la citada providencia del 15 de febrero de 2002, el presunto aspecto irregular que se infiere del informe de la Contraloría General de la República, es la destinación diferente dada a dichos recursos, de lo cual se pueden derivar otros hechos irregulares, tales como la errónea imputación presupuestal, y por consiguiente, la expedición del respectivo Certificado de Disponibilidad Presupuestal, de manera indebida, por la imputación presupuestal que no correspondía.

7.- De otra parte, en relación con la providencia del 24 de mayo de 2002, emitida por esta Sala dentro del Radicado No. 161-01223 (165-52069/2001), de la cual alude y transcribe algunos apartes la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal en el auto del 24 de febrero de 2003 como fundamento para no avocar el conocimiento de las presentes diligencias (fls. 242 a 247 cd.1), se considera pertinente precisar que las circunstancias son distintas, pues allí se indicó que la irregularidad objeto de investigación tiene que ver directamente con la violación al régimen presupuestal de las entidades estatales, por cuanto se cuestiona el hecho de que el ICFES asignó de manera presuntamente irregular, unas partidas a los Comités Regionales de Educación Superior, para que fueran ejecutadas por intermedio de terceros.

La transcripción que hace de dicho proveído la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, para sustentar que no es de su competencia, hace referencia a una aclaración frente al hecho de que respecto de las referidas asignaciones efectuadas en forma irregular (aspecto presupuestal que originó ese diligenciamiento), sus erogaciones se hubieran realizado mediante la celebración de contratos, este último tópico constituye un hecho posterior que puede generar otro tipo de irregularidades, pero que no determina la competencia inicial para conocer del asunto, pues, reitera, el hecho que lo origina, es de orden presupuestal y no contractual, pero refiriéndose a la asignación irregular de dichas partidas. Por tanto, tal argumentación no era pertinente para sustentar se negativa de conocer el asunto subexámine.

Igualmente, tampoco serviría para el comentado propósito la relacionada con lo supuestamente expresado por la Sala en la decisión del 25 de octubre de 2002, proferida dentro del Radicado 161-01550 (021-63668/2001), pues contrario a lo señalado por esa Delegada, la Sala no indicó que en relación con la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, “ello sí sería en virtud de conductas contractuales”. Cuando se hizo referencia a este aspecto, no fue en la parte o razones en que se fundamentó la decisión; la Sala lo mencionó para reseñar los planteamientos efectuados, precisamente, por la Primera Delegada para la Contratación Estatal, al expresar que esa investigación es un caso complejo, pues se mezcla la naturaleza de las órdenes de servicio, de carácter contractual, con la denominación de supernumerarios que conlleva una relación laboral, pero que en uno y otro evento, el

querer del contralor Departamental de Bolívar era vincular temporalmente personal, para suplir las labores de quienes se encontraban en vacaciones, y en ese orden de ideas mal se podría atacar el desconocimiento de un requisito previo como la disponibilidad presupuestal, “porque ello sería en virtud de conductas contractuales, que aquí no se dieron ...”.

8. Con fundamento en los planteamientos plasmados en precedencia, la Sala dirimirá el conflicto de competencia negativo suscitado entre la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal y la Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, asignándosele el conocimiento de la investigación a esta última.

En este mismo sentido se pronunció la Sala en providencia del 28 de marzo de 2003 proferida dentro el proceso 161-01779 (165-078969/02-028-72532/02) cuando en ese caso indicó que “el hecho presuntamente irregular que se presentó fue una inadecuada o indebida imputación presupuestal en las órdenes de prestación de servicios...”. Señaló igualmente que “Cuando se afectan rubros que no corresponden con el objeto del gasto, como presuntamente ocurre en el presente caso, se vulnera el principio de la especialización, consagrado en el artículo 18 del decreto 111 de 1996, de conformidad con el cual, las apropiaciones deben ejecutarse conforme al fin para el cual fueron programadas”. Por lo anterior dispuso asignar la competencia para el conocimiento de dicho proceso a la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública.

El funcionario de inferior nivel, no podrá promover conflicto de competencia al superior, pero podrá exponer las razones que le asisten y aquel, de plano, resolverá lo pertinente.

Artículo 83. ***Competencias especiales.*** Tendrán competencias especiales:

1. El proceso disciplinario que se adelante contra el Procurador General de la Nación, en única instancia y mediante el procedimiento ordinario previsto en este código, cuyo conocimiento será de competencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. En el evento en que el Procurador haya sido postulado por esa corporación, conocerá la Sala Plena del Consejo de Estado. La conducción del proceso estará a cargo, de manera exclusiva y directa, del presidente de la respectiva corporación.

Jurisprudencia: El numeral 1° del artículo 66 de la Ley 200 de 1995 establecía:

“ARTICULO 66.- COMPETENCIAS ESPECIALES

1º- Conocerán del proceso disciplinario que se adelanta contra el Procurador General de la Nación, en única instancia y mediante el procedimiento ordinario previsto en este Código, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y en el evento de que haya sido postulado por esta Corporación, lo hará la Sala Plena del Consejo de Estado.

La conducción del proceso estará a cargo de manera exclusiva y directa del Presidente de la respectiva corporación"

Dicho numeral fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-594/96**.

> **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Procedimiento disciplinario de juzgamiento **/ PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN** - Fuero legal de carácter especial

Cosa juzgada, parcial, respecto del numeral 1º del artículo 66 de la Ley 200 de 1995

2. La expresión "la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, y en el evento de que haya sido postulado por esta Corporación, lo hará la Sala Plena del Consejo de Estado", del numeral 1º del artículo 66 de la Ley 200 de 1995, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-244 de mayo 30 de 1996 (M.P. Carlos Gavíria Díaz). La Corte sostuvo en dicha oportunidad que:

> "Es función del legislador determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la forma de hacerla efectiva (art. 124 C.N.), como también establecer el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación, dentro de los cuales se incluye el Procurador General (art. 279 ib.). Dado que la Constitución no consagra fuero alguno en favor de dicho funcionario ni regula aspecto relativo a la autoridad competente para investigarlo disciplinariamente, es el legislador quien de acuerdo con las normas precitadas debe señalarlo, como en efecto lo hizo en la norma acusada".

Constitucionalidad del procedimiento y de la titularidad de la investigación previstos en los restantes apartes del numeral 1º del artículo 66 de la Ley 200 de 1995

3. Corresponde a la Corte examinar la constitucionalidad de los restantes apartes de la norma demandada, sobre los cuales no ha recaído fallo alguno, que además guardan una relación íntima e inescindible entre sí. Se dispone en el citado artículo que el procedimiento disciplinario contra el Procurador General de la Nación se tramitará en

única instancia y que su conducción estará a cargo del Presidente de la respectiva corporación (Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado, según el caso).

El régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación, al cual no se sustrae el Procurador, compete establecerlo exclusivamente a la ley (C.P. art., 279). Se trata de una materia en la que existe una expresa reserva normativa en favor del Legislador. La libertad de configuración normativa atribuida a la ley, permite que ésta adopte un sistema especial para investigar y sancionar disciplinariamente a la cabeza de dicho organismo. En este caso, se ha determinado que el procedimiento sea de única instancia y que la función disciplinaria la asuma la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, salvo en el evento de que el alto funcionario hubiese sido postulado por esa corporación, pues si mediare tal circunstancia se dispone que la ejerza el Consejo de Estado.

La Constitución Política no regula el órgano competente para investigar y sancionar disciplinariamente al Procurador General de la Nación, ni tampoco precisa el procedimiento que a este respecto ha de seguirse. Por el contrario, el Constituyente renunció a hacerlo y prefirió deferir su regulación al Legislador.

La decisión disciplinaria en única instancia, no contradice ningún canon constitucional. No tratándose de una sentencia condenatoria en materia penal, la apelación no debe forzosamente contemplarse en la ley. De otro lado, la intervención de la Sala Plena de la Corte Suprema o del Consejo de Estado, en su caso, garantiza la probabilidad de acierto de la resolución que finalmente se adopte. La conducción del proceso por parte del Presidente de la respectiva corporación, no viola norma alguna de la Constitución.

4. El demandante y el Procurador (e) en sus intervenciones aluden a la dignidad y a la jerarquía que en el concierto de los poderes públicos se reconoce al Procurador General de la Nación. De esta premisa, por lo demás indiscutible, deducen que, al igual que otros altos funcionarios del Estado, en particular aquéllos frente a quienes ejerce su función, debe gozar de fuero disciplinario constitucional. Se agrega que, en caso de que se llegare a concluir que a este respecto se presenta un vacío constitucional, el único llamado a colmarlo es el mismo constituyente.

La Constitución Política no incluye al Procurador entre los funcionarios sujetos a fuero disciplinario constitucional. En este punto, la Constitución expresamente asignó al legislador la función de dictar el régimen disciplinario de "todos los funcionarios o empleados de dicho organismo" [Procuraduría General de la Nación] (C.P. art. 279). Se comprende que no corresponde a la Corte por vía judicial señalar que el régimen disciplinario aplicable al Procurador sea idéntico del que se predica de los funcionarios con fuero constitucional. Por su parte, tampoco la ley podría ampliar el número de los funcionarios cubiertos por el fuero que la Carta directamente regula, por tratarse de procedimientos y atribuciones excepcionales de índole constitucional.

No obstante, en el plano legal, en desarrollo de sus competencias, el Congreso puede crear un sistema especial de juzgamiento disciplinario aplicable sólo al Procurador

General de la Nación, que sea distinto del ordinario. De este modo, se puede configurar un determinado fuero legal disciplinario, que no constitucional, que tome en cuenta la necesidad de asegurar un juicio disciplinario objetivo e imparcial al funcionario que preside el ministerio público.

Justamente, la disposición acusada consagra, para el Procurador General de la Nación, un fuero legal de carácter especial. La competencia que se atribuye a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado, según el caso, constituye un elemento esencial del mencionado fuero.

La intervención de uno de los dos órganos máximos de la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, a los que se confía con carácter exclusivo la dirección y decisión definitiva del respectivo "proceso disciplinario", es claramente indicativa de que la función encomendada tiene naturaleza judicial, lo que tiene singular relevancia para la constitucionalidad de la disposición examinada, pues de esta manera se mantiene el carácter autónomo e independiente del Procurador (C.P. art. 113).

La Corte no ha puesto en duda la naturaleza administrativa del control disciplinario que se cumple dentro de la administración. Tampoco se ha negado la naturaleza administrativa de la función disciplinaria que realiza la Procuraduría o aquella que lleva a cabo el Consejo Superior de la Judicatura en relación con los empleados subalternos. En estos casos, ni la Constitución ni la ley, establecen un fuero que se predique de los servidores públicos. La naturaleza administrativa del acto disciplinario, en términos generales, responde aquí a la situación subordinada del servidor público y a la necesidad de que el ejercicio de la autoridad que a través de aquél se despliega pueda ser objeto de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Desde el punto de vista disciplinario el Procurador no se ubica en la misma posición del funcionario o empleado subalterno, y sólo a riesgo de desconocer esta realidad puede pretender homologarse su situación. La Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado en el evento de que el Procurador hubiere sido postulado por la primera corporación, no se colocan en un plano de superioridad jerárquica respecto del mencionado funcionario.

El fuero legal exige, en este caso, que la función juzgadora disciplinaria se tramite en los términos de un proceso de modo que la garantía mayor sea la independencia e imparcialidad en la tarea confiada a estos órganos consistente en confrontar la conducta concreta con la contemplada en la norma abstracta y poder así deducir las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico.

La intervención de la Sala Plena de uno de los dos órganos judiciales, por sí misma es prenda de garantía de los derechos del Procurador y, se reitera, representa un elemento esencial del fuero legal que se consagra. La decisión del órgano encargado del proceso disciplinario, en los términos de la ley, es definitiva. Dada su naturaleza judicial, tanto orgánica como material, la sentencia que se profiere y con la cual concluye el respectivo proceso indefectiblemente adquiere el valor de cosa juzgada.

La separación de poderes, en la teoría y en la práctica constitucional, está acompañada de variados controles entre los distintos órganos del Estado, los cuales no siempre responden a una función administrativa. Por el contrario, cuando a través de un órgano se controla otro independiente y autónomo, la articulación judicial del mecanismo puede obedecer a la naturaleza material del acto o al mismo reconocimiento de la autonomía e independencia del titular de un órgano que a su turno es juzgado por otro distinto que en modo alguno es jerárquicamente superior o subordinante.

2. En el proceso que se adelante por las faltas disciplinarias señaladas en el artículo 48, cometidas por los servidores públicos determinados en el artículo 49 de este código, el Procurador General de la Nación por sí, o por medio de comisionado, tendrá a su cargo las funciones de Policía Judicial.

T I T U L O III

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Artículo 84. ***Causales de impedimento y recusación.*** Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria, las siguientes:

1. Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

2. Haber proferido la decisión de cuya revisión se trata, o ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia.

3. Ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de cualquiera de los sujetos procesales.

4. Haber sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales o contraparte de cualquiera de ellos, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de la actuación.

5. Tener amistad íntima o enemistad grave con cualquiera de los sujetos procesales.

6. Ser o haber sido socio de cualquiera de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple, o de hecho, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

7. Ser o haber sido heredero, legatario o guardador de cualquiera de los sujetos procesales, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

8. Estar o haber estado vinculado legalmente a una investigación penal o disciplinaria en la que se le hubiere proferido resolución de acusación o formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por cualquiera de los sujetos procesales.

9. Ser o haber sido acreedor o deudor de cualquiera de los sujetos procesales, salvo cuando se trate de sociedad anónima, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

10. Haber dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale, a menos que la demora sea debidamente justificada.

Artículo 85. ***Declaración de impedimento.*** El servidor público en quien concurra cualquiera de las anteriores causales debe declararse inmediatamente impedido, una vez la advierta, mediante escrito en el que exprese las razones, señale la causal y si fuere posible aporte las pruebas pertinentes.

Artículo 86. ***Recusaciones.*** Cualquiera de los sujetos procesales podrá recusar al servidor público que conozca de la actuación disciplinaria, con base en las causales a que se refiere el artículo 84 de esta ley. Al escrito de recusación acompañará la prueba en que se funde.

Artículo 87. ***Procedimiento en caso de impedimento o de recusación.*** En caso de impedimento el servidor público enviará, inmediatamente, la actuación disciplinaria al superior, quien decidirá de plano dentro de los tres días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quien corresponde el conocimiento de las diligencias.

Cuando se trate de recusación, el servidor público manifestará si acepta o no la causal, dentro de los dos días siguientes a la fecha de su formulación, vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación disciplinaria se suspenderá desde que se manifieste el impedimento o se presente la recusación y hasta cuando se decida.

Artículo 88. ***Impedimento y recusación del Procurador General de la Nación.*** Si el Procurador General de la Nación se declara impedido o es recusado y acepta la causal, el Viceprocurador General de la Nación asumirá el conocimiento de la actuación disciplinaria.

Jurisprudencia: Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-1076/02**.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN - Impedimento y recusación / **VICEPROCURADOR GENERAL** - Imparcialidad

a) Cargos de la demanda

Considera el demandante que la disposición acusada es inconstitucional porque vulnera los artículos 29 inciso 2º, 209 y 276 de la Carta Política al establecer que el Viceprocurador General de la Nación asumirá el conocimiento de la actuación disciplinaria de la que el Procurador se declare impedido o cuando siendo recusado, acepte la causal. Lo anterior, por cuanto no se garantiza el principio del juez natural ya que el Viceprocurador no está en condiciones de proferir una decisión diferente a la produciría el Procurador por razones de lealtad o por temor a contrariarlo.

Además, entiende que se viola el artículo 276 constitucional porque el reemplazo del Procurador debe designarlo el Senado de la República con el fin de que quien ocupa el cargo lo haga con imparcialidad e independencia.

b) Problema jurídico

Con respecto al cargo contra el artículo 88, se debe analizar por una parte, si viola el principio del juez natural que el Viceprocurador General de la Nación, asuma el conocimiento de las actuaciones disciplinarias en caso de impedimento o recusación del Procurador General, y por otra, si esa misma disposición contraría la competencia del Senado para elegir al Procurador General de la Nación.

(…)

d) Consideraciones de la Corte Constitucional.

No comparte la Corte los reparos de inconstitucionalidad que dirige el actor contra el artículo 88 de la Ley 734 de 2002, por las razones que pasan a explicarse.

En la teoría del proceso, la institución de los impedimentos y de las recusaciones constituyen una garantía para quien acude ante la administración de justicia o para la persona que, en un momento determinado, en calidad de demandante o demandado o es sujeto de una investigación o juzgamiento penal o disciplinario. Por ende, lejos de vulnerar el derecho de defensa o el debido proceso, estamos en presencia de un mecanismo que protege el ejercicio de los mismos. Al respecto, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

> "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o *tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley....".

Por su parte, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza:

> "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial..."

De tal suerte que la regulación procesal de los impedimentos y las recusaciones cuenta con un claro fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Constitución. En tal sentido, en sentencia C-573/98 la Corte consideró que:

> *"El propósito de las instituciones procesales de impedimentos y recusaciones consiste en asegurar la imparcialidad del juez, quien debe marginarse del proceso del cual viene conociendo cuando se configura, en su caso específico, alguna de las causas taxativamente señaladas en la ley. Esa imparcialidad se asegura cuando se deja en cabeza de funcionarios distintos -el que siga en turno al que se declara impedido o es recusado, o el del lugar más cercano, según la circunstancia (art. 105 Código de Procedimiento Penal), o los otros miembros de la sala o corporación en el caso de jueces colegiados- la definición acerca de si deben prosperar el impedimento invocado por el juez o la recusación presentada contra él. No estima la Corte que tal disposición -se repite que en lo relativo a recusaciones contra quien debe desatar la controversia que de lugar al incidente- vulnere el derecho a la igualdad entre las partes, por cuanto el incidente de recusación no dirime un conflicto entre ellas sino que resuelve acerca de la situación del juez dentro del proceso, justamente para garantizar su*

imparcialidad. No hay, por tanto, hipótesis susceptibles de comparación que permitan suponer que se discrimina o prefiere a alguna de las parte[337]*.*

Posteriormente, sobre la misma materia, en sentencia C-365/00 esta Corporación consideró que:

"Estas instituciones, de naturaleza eminentemente procedimental, encuentran fundamento constitucional en el derecho al debido proceso, ya que aquel trámite judicial, adelantando por un juez subjetivamente incompetente, no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de la presunción de imparcialidad a la cual se llega, sólo en cuanto sea posible garantizar que el funcionario judicial procede y juzga con absoluta rectitud; esto es, apartado de designios anticipados o prevenciones que, al margen del análisis estrictamente probatorio y legal, puedan favorecer o perjudicar a una de las partes[338]*.*

En el caso concreto del Viceprocurador General de la Nación es perfectamente conforme con la Constitución que asuma una investigación disciplinaria cuando quiera que el Procurador General de la Nación se declare impedido o sea recusado, por cuanto, se insiste, es una garantía de imparcialidad en la investigación. Además, el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa estimó que en estos casos tan delicados, fuese un alto funcionario del Estado quien, debido a sus especiales condiciones morales y profesionales entrase a realizar aquellas investigaciones disciplinarias en las cuales el Procurador General de la Nación se hubiese declarado impedido o hubiese sido recusado.

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible el artículo 88 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en la presente sentencia.

T I T U L O IV

---

337 Corte Constitucional, sentencia del 14 de Octubre de 1998, C-573/98, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 110 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal). Actor: Henry Chingate Hernández. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

338 Corte Constitucional, sentencia del 29 de marzo de 2000. Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 149, 150 (parcial) y 151 del Código de Procedimiento Civil y 22 de la Ley 446 de 1998, C-365/00. Actor: Jorge Luis Pabón Apicella. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

SUJETOS PROCESALES

Artículo 89. ***Sujetos procesales en la actuación disciplinaria.*** Podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en el Consejo Superior o Seccional de la Judicatura o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-01435 (155-33124-99)**

RECURSO DE QUEJA - Competencia de la Sala Disciplinaria para conocer en segunda instancia cuando la primera es proferida por Comisión Especial

DEFENSA TÉCNICA - Facultades del defensor y del investigado

NOTIFICACIÓN POR EDICTO - No es principal sino subsidiaria

NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE

Para la admisión del recurso de queja se requiere que la apelación sea procedente, que haya sido interpuesto en tiempo y que también oportunamente se haya introducido el de queja.

En el caso a estudio, la providencia recurrida es el fallo de primera instancia que profirió la Comisión Especial Disciplinaria creada por el señor Procurador General de la Nación, dentro de la cual se encuentra un Procurador Delegado, cuyo superior funcional es el Procurador General de la Nación (c.28, folios 1 a 135); por ello, es procedente el recurso de apelación y la Sala Disciplinaria es competente para conocer en segunda instancia, conforme al inciso 2o. del artículo 22 y art. 25 del Decreto 262 de 2000 y artículo 115 de la ley 734 de 2002.

(...)

Acorde con lo anterior, el problema está en establecer si el término para recurrir en apelación venció el 21 de enero de 2003 o en febrero 21 de 2003, para lo cual es necesario definir si una vez notificado personalmente el investigado, también es obligatorio hacerlo con su defensor.

Sea lo primero recordar que en sentencia C-131/2002, la Corte Constitucional concluyó que “la defensa técnica como derecho fundamental ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal” y que “...en los eventos en que el Constituyente ha guardado silencio sobre el carácter obligatorio o facultativo del derecho de defensa

técnica, la especificación de los términos en que debe ser reconocido le corresponde al legislador pues éste se encuentra legitimado para precisar tales circunstancias."

Pues bien, quiso el legislador que en el proceso disciplinario no fuera absolutamente necesaria la defensa técnica, lo que se deduce del inciso 3 del art. 91 de la ley 734 de 2002; inciso final del artículo 107; art. 155 inciso primero; arts. 165 y 167. Pero así como concedió al investigado la facultad de no hacer uso de ese derecho, también le reconoció especial importancia a la defensa técnica una vez que el disciplinado considere que la necesita y por eso elevó al defensor a la categoría de sujeto procesal, concediéndole las mismas facultades del investigado pero, además, otorgándole preeminencia de sus criterios sobre los de éste (arts. 89,92 y 93). Es decir, que una cosa es que el disciplinado pueda renunciar al derecho a la defensa técnica y otra muy diferente que al defensor se le ignore como sujeto procesal.

Ha dicho la Corte Constitucional (Rad. T-085-00) que no podría proceder acción de tutela contra las decisiones judiciales si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales. Es obvio que en el caso a estudio la decisión puede llegar a afectar derechos fundamentales de los sancionados y por ello se está en presencia de uno de los elementos que demuestran "fallas en la defensa".

El Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en sentencia de julio 18 de 1997, radicación 8297, Consejera Ponente: doctora CONSUELO SARRIA OLCOS, dijo sobre el particular:

"La notificación del acto administrativo como ha precisado esta Sala constituye la forma como se garantiza y materializa el derecho de defensa (...) es por ello que todo acto administrativo que afecte los derechos de los administrados directa o indirectamente debe ser notificado a quien indica la ley, y de la forma en ella establecida (...) si el interesado constituye apoderado especial para adelantar la actuación administrativa, es a dicho apoderado a quien, una vez reconocido, debe la Administración citarlo para efectuarle la notificación personal y solo en el evento de su no comparecencia, proceder a notificarlo por edicto (...) si la notificación no se efectúa como lo ordena la ley, no se tiene por hecha ni produce efectos jurídicos, y por ende el acto administrativo no es ejecutable...
(...)

"Por lo tanto, en un procedimiento administrativo para el cual se ha constituido un apoderado, el cual ha sido debidamente reconocido y ha ejercido su mandato y la administración lo ha tenido como tal, no puede en la decisión que pone fin a la vía gubernativa, desconocerlo (...) ante la autoridad administrativa constituyó un apoderado especial, el cual continúa siéndolo mientras el poder esté vigente, y si la administración, estando obligada a citar al apoderado reconocido para notificarle la decisión, no lo hace, esta no produce efectos (...) por cuanto el poder para actuar no se agota con la decisión que ponga fin al procedimiento que es válido para realizar las actuaciones que

sean consecuencia de la misma y que se cumplan en el mismo expediente entre ellas, la notificación".

Considera la Sala Disciplinaria que ante la claridad de la sentencia del Honorable Consejo de Estado, se precisa que opera la notificación por conducta concluyente a que se refieren los sujetos procesales, esto es, que la última notificación del fallo de primera instancia se surtió el 18 de febrero de 2003, fecha en la cual el defensor de JESÚS LACIDES MOSQUERA ANDRADE, interpuso "este recurso (...) contra el fallo de primera instancia" (c.29, folio 93). Como obvia consecuencia, el término para interponer recursos contra esa decisión, venció el 21 de febrero de 2003 (art. 111 ley 734 de 2002).

(...)

Con anterioridad dijo esta Sala (radicado 161-01679), acogiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-370/94, que el edicto es un medio subsidiario de notificación al que debe acudir la administración, cuando agotados todos los trámites pertinentes, ha sido imposible dar a conocer en forma personal la decisión y que si no se actúa así, se vulnera el derecho de defensa. Pues bien, independientemente de que el defensor no hubiera suministrado su dirección, como lo asevera el Delegado (c.30, folio 159), lo cierto es que no hay constancia de haberse fijado edicto para notificarlo.

(...)

Pero aún mas, el "...auto que niega recurso de apelación..." se le notificó, entre otros, a JESÚS LACIDES MOSQUERA ANDRADE por Edicto (c.29, folio 104), sin cumplir la citación previa aludida en el artículo 107 de la ley 734 de 2002, no obstante que se sabía a donde se le podía enviar la comunicación. Ya se dijo que el Consejo de Estado ha exigido "que todo acto administrativo que afecte los derechos de los administrados directa o indirectamente debe ser notificado a quien indica la ley, y de la forma en ella establecida", so pena de que esa decisión no produzca efectos.

Igualmente, esta Sala Disciplinaria, ha sostenido (radicado 161-01679 (008-069107/2002 -entre otros-), en acatamiento a las sentencias C-370/94 y C-627/96, que la notificación por edicto prevista en el artículo 87 no es una notificación principal sino subsidiaria, que opera cuando no es posible hacerlo personalmente, para lo cual se deben agotar todos los trámites pertinentes. Como estos requisitos no se cumplieron en el caso a estudio, es forzoso concluir que JESÚS LACIDES MOSQUERA ANDRADE se dio por notificado por conducta concluyente, el 19 de mayo de 2003.

Ahora bien, no obstante la irregular notificación por edicto, que según el Consejo de Estado carece de efectos, no es del caso ordenar que se haga la notificación a los otros sujetos procesales porque también lo hicieron por conducta concluyente al interponer -todos- recurso de queja.

En ejercicio del poder de supervigilancia administrativa y cuando no se ejerza el poder preferente por la Procuraduría General de la Nación, ésta podrá intervenir en calidad de sujeto procesal.

Artículo 90. ***Facultades de los sujetos procesales.*** Los sujetos procesales podrán:

1. Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas.

2. Interponer los recursos de ley.

3. Presentar las solicitudes que consideren necesarias para garantizar la legalidad de la actuación disciplinaria y el cumplimiento de los fines de la misma, y

4. Obtener copias de la actuación, salvo que por mandato constitucional o legal ésta tenga carácter reservado.

Jurisprudencia: La Corte Constitucional mediante sentencia **C-158/03** resolvió declarar EXEQUIBLE la expresión *"salvo que por mandato constitucional o legal ésta tenga carácter reservado"* respecto de la cual existe cosa juzgada material (Sentencia C-280 de 1996).

RESERVA LEGAL DOCUMENTAL - Limitación a expedición de copias

3.8. Lo mismo sucede, con relación al artículo 90 numeral 4 de la ley 734 de 2002, sólo que en este caso, el legislador reprodujo exactamente igual la expresión declarada exequible en sentencia C-280 de 1996 dentro de un texto muy semejante.

(…)

Como puede observarse, el literal f) del artículo 73 de la ley 200 de 1995, también limitaba la expedición de copias de la actuación al investigado, cuando por mandato legal o constitucional estas tuviesen carácter reservado.

El cargo expuesto por el demandante para manifestar su inconformidad en aquella ocasión, es igual al que ahora se señala en contra del artículo 90 de la ley 734 de 2002. Por tanto, se declarará exequible la expresión acusada, ya que como se manifestó en la sentencia C-280 de 1996: "el carácter reservado de que trata esta regulación se ajusta a la Carta, pues pondera adecuadamente la tensión entre reserva legal documental y el derecho de defensa, ya que permite al disciplinado el acceso al expediente y a los

documentos reservados, pero limita parcialmente la expedición de copias con el fin de proteger esa reserva"

Parágrafo. La intervención del quejoso se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio. Para estos efectos podrá conocer el expediente en la secretaría del despacho que profirió la decisión.

Jurisprudencia: El texto subrayado corresponde en igual sentido al texto del inciso 2° del artículo 71 de la Ley 200 de 1995 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-616/97**.

JURAMENTO EN LA CONSTITUCION POLITICA VIGENTE

JURAMENTO EN LA LEY / PRINCIPIO DE LA BUENA FE

JURAMENTO - Como medio de prueba

JURAMENTO - Garantía de veracidad

JURAMENTO DE PRESIDENTE DE LA REPUBLICA / JURAMENTO DE ALCALDE

2.2. El juramento en la Constitución Política y en la ley colombiana.

2.2.1. El Juramento en la Constitución

La Constitución Política no sólo no prohíbe el juramento, sino que, por el contrario lo contempla expresamente como una obligación en varias de sus normas, a saber:

El artículo 122, que obliga a todo servidor público a prestar juramento al posesionarse de su cargo.

> ***"ARTICULO 122.*** *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*
>
> *"Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*

"Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, en monto de sus bienes y rentas."

El artículo 137 que permite exigir el juramento a cualquier persona que sea llamada a rendir declaración ante una comisión permanente del Congreso:

"ARTICULO 137. *Cualquier comisión permanente podrá emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante.*

"……."

El artículo 188 que señala las obligaciones que contrae el presidente de la República al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes:

"ARTICULO 188. *El Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos."*

El artículo 192 que se ocupa expresamente del juramento que debe prestar el presidente de la República al tomar posesión de su cargo:

"ARTICULO 192. *El Presidente de la República tomará posesión de su destino ante el Congreso, y prestará juramento en estos términos: 'Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución y las leyes de Colombia'*.

Así pues, resulta evidente que la Constitución consagra el juramento como una institución propia del sistema jurídico colombiano. Se pregunta entonces la Corte, ¿qué juramento es el que prohíja la Constitución? O, en otras palabras, ¿cuál es el significado, el contenido y el alcance del juramento desde un punto de vista constitucional?

Según el "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia",[339] el juramento "es el más fuerte vínculo con el que puede ligarse el hombre a decir verdad o a cumplir su palabra". Obviamente, cuando se hace tomando a Dios por testigo comporta una actitud religiosa de quien lo profiere, y tiene, innegablemente, un significado sagrado o pietista, que presupone una creencia del juramentado. Pero también el juramento puede hacerse a sí mismo, jurando p. ej. por el propio honor, o por la patria, o por pueblo, o

[339] JOAQUIN ESCRICHE, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1991, pág. 537

por otras personas, como por la madre, casos en los cuales carece de connotación religiosa.

Ahora bien, no obstante que la Constitución de 1991, en la determinación de los principios sobre los cuales se organiza el Estado colombiano, opta por un modelo no confesional, por lo cual, al tenor del artículo 19 de la Carta "Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley", no por ello puede decirse que el constituyente colombiano hubiera hecho profesión de ateísmo. La invocación a la protección de Dios que se hace en el Preámbulo de la Carta, tiene un significado pietista imposible de soslayar, que viene a ser complementado por la obligación de jurar por Dios que el constituyente impuso al presidente, como "símbolo de la unidad nacional".

De esta manera, cabe afirmar que el constituyente no descartó el juramento como acto sagrado, como acto que pone por testigo a Dios respecto de las afirmaciones o promesas que bajo juramento se profieren.

2.2.2. El juramento en la ley

No obstante, en un sentido jurídico acorde con la evolución legal, doctrinal y jurisprudencial del concepto, correspondiente a la tradición pluralista que se abre paso en el mundo jurídico, puede afirmarse que en la actualidad el significado religioso del juramento ha sido atenuado o, en la mayor parte de los casos, eliminado. Por ello, la mayor parte de las legislaciones europeas y americanas han suprimido las fórmulas sacramentales que expresamente se referían a Dios poniéndolo como testigo de la verdad de cuanto se declarara. En esta línea de ideas afirma Carnelutti: "el carácter religioso del juramento en el proceso civil italiano fue atenuado por la ley del 30 de junio de 1876, por la cual se suprimieron las palabras contenidas en la fórmula del viejo artículo 226: "Juro, poniendo a Dios por testigo de la verdad de cuanto declare."[340]

En nuestro sistema jurídico el significado religioso del juramento también ha perdido relevancia. Por ello la jurisprudencia de esta Corporación sostuvo:

> "El juramento en sus orígenes tuvo carácter exclusivamente religioso, porque es invocación de una divinidad a la que se pone por testigo de decir la verdad; tiene pues carácter civil y político, al ser invocado en actos de ambas naturalezas."[341]

En este mismo proveído, se hizo el siguiente análisis de la evolución de la institución en el proceso penal, en lo relativo a la pérdida de su significado religioso:

---

[340] FRANCESCO CARNELLUTI, Sistema de derecho procesal civil, t. II, Buenos Aires, Edit. Uteha, 1944, pág. 460

[341] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 547 de 1993, M.P. Doctor Alejandro Martínez Caballero

“Así, en materia procesal penal, se observa la siguiente evolución de la fórmula del juramento como uno de los requisitos exigidos para rendir testimonio u otros actos procesales:

“1. En el Decreto 409 de 1971.

“En este Decreto (Código de Procedimiento Penal vigente hasta 1987), se establecía la fórmula del juramento para testigos, peritos e intérpretes colocando como testigo a Dios y a los hombres, así "¿A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asume usted ante Dios y ante los hombres....?.

“2. En el Decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal vigente hasta 1991), consagraba en el artículo 153 la fórmula del juramento, así:

“Art. 153.- Fórmula del juramento. La fórmula del juramento, según los casos, será la siguiente:

“Para los testigos: "A sabiendas de la responsabilidad penal que asume con el juramento, ¿jura usted decir toda la verdad en la declaración que va a rendir?"

“3. El Decreto 2700 de 1991.

“El artículo que contenía la fórmula del juramento no fue incluido en el nuevo Código de Procedimiento Penal, por lo que el fundamento para exigir que los particulares en el ejercicio de sus actos actúen de buena fe, no es otro que el artículo 83 de la Constitución, en concordancia con el artículo 95.7 que consagra el deber de colaborar con la administración de justicia.

“Es más, el actual Código de Procedimiento Penal en el inciso final del artículo 27 determina que si la denuncia fuere escrita, el juramento se entenderá prestado por la sola presentación de la misma.

“En este orden de ideas, por juramento no debe entenderse la fórmula o el rito, sino el compromiso, la afirmación, la promesa, el protesto, la certificación, la afirmación, la palabra, el voto, el honor, el homenaje, el testimonio, que se realice en forma expresa o tácita que implique la convicción íntima de manifestar la verdad. Por tanto, debe entenderse que se parte del principio de la buena fe y que lo manifestado corresponde a la verdad, de lo contrario, la persona que ha comprometido su palabra y lo expresado en sus términos no corresponde a la verdad, deberá responder penalmente.”[342]

En sentido extra jurídico tampoco puede decirse que hoy en día, jurar implique en sí y por sí, necesariamente, la expresión de principios religiosos. Más bien podría afirmarse

[342] Ídem

que, para la convicción popular, el juramento es, simplemente, la afirmación que un sujeto hace, procurándoles a sus destinatarios la convicción de que dice la verdad.

Atenuado o eliminado el contenido religioso del juramento en las normas legales, hoy en día el sustento filosófico-jurídico de las normas que lo consagran sin imponer el pronunciamiento de fórmulas sagradas que expresamente mencionen a Dios, se encuentra simplemente en el deber general de conducirse de buena fe ; en las normas que prescriben así la obligación de jurar, puede decirse que la intención del legislador no es otra que la de exhortar de manera especial al juramentado, para que su buena fe en la declaración de la verdad sea especialmente observada.

Desvinculado entonces del sentido religioso, en la actualidad el juramento se estudia y se trata en ciertos casos como un medio de prueba, y con este significado se mantiene en la mayor parte de las legislaciones contemporáneas. Simplemente es un arbitrio que propende a aumentar la garantía de veracidad en las declaraciones de las partes vinculadas a las causas judiciales, o, en general, de aquellas declaraciones de los individuos que los vinculan jurídicamente frente a terceros. Esta garantía se ve reforzada por las sanciones penales que se derivan para quien falta a la verdad mediando la referida formalidad.

En efecto, los doctrinantes del derecho procesal miran el juramento como un medio de prueba[343]. En este sentido es un recurso para demostrar la verdad de un hecho relevante para la decisión judicial. Es, usualmente, una prueba solemne y formal, en cuanto involucra una manifestación expresa en el sentido de que se dirá la verdad, bajo la fórmula “juro” u otra similar, pero dicha manifestación solemne, en ciertos casos, se presume, y, por lo tanto, de hecho se omite. Desde esta perspectiva el juramento ha sido definido como “la declaración por la cual una parte afirma como verdadero un hecho en la forma grave y solemne prevista por la ley”[344], y puede considerarse como un medio de prueba de naturaleza testimonial, independientemente de que el sistema jurídico le atribuya al juez libertad de valoración de esta prueba, o lo vincule a ella a través de una tarifa legal determinada.

Nuestro sistema procesal expresamente lo consagra como medio probatorio. Así lo hace el Código de Procedimiento Civil en su artículo 175.

> ***Art. 75. Medios de prueba.*** *Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.”*

---

[343] Según DEVIS ECHANDÍA, adoptan esta posición, entre otros, Chiovenda, Carnelluti, Cappelletti, Jean sicard, Gentile, Couture, Antonio Rocha, Allorio y Ottorino Tentolini. Cf. DEVIS ECHANDÍA HERNANDO, Teoría General de la Prueba Judicial, T. II Santafé de Bogotá. Ed. A.B.C. 1995

[344] ENRICO LIEBMAN. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1980, pág. 351

La garantía de veracidad por la que propende el juramento como medio de prueba, encuentra su concreción en los tipos penales que sancionan el faltar a la verdad en las afirmaciones que se profieran bajo este ritualismo. En efecto, nuestro Código Penal consagra de manera general el delito de falso testimonio que reprime la conducta de faltar a la verdad o callarla total o parcialmente, en desarrollo de alguna actuación judicial o administrativa llevada a cabo bajo juramento (art. 172 C.P.). Y adicionalmente tipifica también, como delitos contra la administración de justicia, la falsa denuncia y la falsa denuncia contra persona determinada (arts. 166 y 167 C.P.).

Obviamente, la responsabilidad penal anterior tiene cabida frente al llamado juramento asertorio, esto es, aquel que se refiere a la verdad sobre hechos del pasado o del presente; no opera frente al juramento promisorio, que es aquel que mira a que el juramentado asegure el cumplimiento de una obligación futura, como el que se presta cuando se va a tomar posesión de un cargo público.

3. El juramento al que se refieren las normas demandadas, frente a la libertad religiosa, la libertad de conciencia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Las normas demandadas regulan los siguientes aspectos:

- Las pertenecientes al Código Penal, tipifican los delitos de falso testimonio, falsa denuncia y falsa denuncia contra persona determinada. En ellas, uno de los elementos del tipo penal es el juramento, en cuanto la conducta delictual, en los tres casos, consiste, en faltar a la verdad en declaraciones, denuncias o actuaciones surtidas mediando este requisito. El aparte demandado en estos casos cobija las expresiones “bajo juramento” o “bajo la gravedad de juramento”.

- Las pertenecientes al Código de Procedimiento Penal, establecen como requisito para diversas actuaciones procesales la presentación de juramento, o se refieren a la amonestación previa al mismo, o definen el testimonio por certificación jurada y los casos en los que es de recibo, o regulan el juramento estimatorio en relación con el valor de los bienes en los delitos contra el patrimonio económico, para efectos de la determinación de la competencia judicial.

- La norma contenida en el Código de Régimen Político y Municipal impone a los alcaldes prestar juramento para posesionarse, juramento que debe rendirse en los siguientes términos: “Juro a Dios y prometo al pueblo cumplir fielmente la Constitución, las leyes de Colombia, las ordenanzas y los acuerdos.” Adicionalmente este artículo impone a los alcaldes declarar bajo juramento, antes de posesionarse, el monto de sus bienes y rentas y las de su cónyuge e hijos no emancipados.

- Las normas del Código Penal Militar imponen el juramento como requisito para otorgar testimonio, regulan el testimonio por certificación jurada, y de manera general señalan el juramento como requisito para ciertos actos procesales.

- El artículo 37 del decreto 2591 de 1991, prescribe la obligación de prestar juramento respecto del hecho de no haber presentado el demandante otra tutela por los mismos hechos y derechos.

- Las normas del Código de Procedimiento Civil imponen el juramento como requisito formal para ciertos actos procesales, admiten el testimonio por certificación jurada, definen el juramento estimatorio como un medio para que una de las partes estime en dinero el valor del derecho demandado y determinan el valor probatorio de este juramento, autorizan al juez para pedir a una de las partes juramento respecto de sus afirmaciones (juramento deferido), prescriben el juramento como requisito previo al testimonio, establecen que el testimonio ante notarios y alcaldes para fines judiciales debe rendirse bajo juramento, y, en la diligencia de reconocimiento de documento, señalan que se tendrá por reconocido el documento cuando el citado se niegue a prestar juramento.

Respecto de todas las normas la acusación es parcial en cuanto solamente se demandan las expresiones que directamente se refieren al juramento. Solamente el artículo 212 del Código de Procedimiento Civil, relativo al juramento deferido por la ley, es demandado en su integridad.

Salvo el caso regulado por el artículo 94 de la Ley 136 de 1994, (Código de Régimen Político y Municipal), que impone a los alcaldes que van a posesionarse la obligación de jurar por Dios el cumplimiento del compromiso que adquieren, todas las demás normas demandadas se refieren a un juramento desacralizado, en el cual la fórmula empleada para jurar no menciona a Dios ni a sus criaturas, poniéndolos como testigo de las afirmaciones del juramentado.

En efecto, salvo en el caso señalado, todas las normas se refieren a un simple rito o solemnidad procesal, a un mero formalismo ajeno a todo contenido religioso, que, como arriba se dijo, es empleado como un simple arbitrio legislativo para poner al juramentado de presente la obligación de observar una buena fe especialísima en la manifestación de la verdad, y para derivar una responsabilidad penal en caso de que se llegue a faltar a ella. Muchas de las normas demandadas regulan un juramento "presunto", en el cual, obviamente, no está contemplada la obligación de emplear fórmulas pietistas o religiosas.

Por ello no considera la Corte que la obligación de jurar impuesta o regulada por las normas *sub-exámine* violente las libertades antes estudiadas. Simplemente porque ella no tiene el alcance que le atribuye el demandante, en cuanto no involucra para nada las creencias, ideologías o juicios morales del juramentado. Ajena a todo significado religioso, ideológico, o moral, esa obligación no puede violentar al individuo en estos aspectos.

De otro lado, la posibilidad de introducir excepciones a la obligación de prestar juramento consagrada en las normas anteriores, permitiendo que algunas personas formulen al respecto objeción de conciencia, llevaría a vulnerar el principio de igualdad contenido en el artículo 13 superior. Y ello por cuanto, admitida tal objeción, quienes la propusieran quedarían desvinculados de la responsabilidad penal que se deriva del hecho de faltar a la verdad en los casos en que la ley exige el juramento, mientras que, a quienes dieran cumplimiento a la obligación de jurar, si podría deducírseles la referida responsabilidad en los casos de falso testimonio y falsa denuncia anteriormente comentadas.

Especial comentario merece la obligación de jurar por Dios que se impone a los alcaldes por el Código de Régimen Político y Municipal, como requisito para posesionarse del respectivo cargo.

Si bien cabe pensar que en el caso de que el alcalde que va a tomar posesión sea ateo o agnóstico, esta obligación lesionaría su libertad de pensamiento, no debe olvidarse que el constituyente, en norma especial y expresa, impuso idéntica obligación al presidente de la República, sin mencionar al respecto ningún tipo de excepciones. Luego el legislador bien podía reproducir la misma norma refiriéndola a los alcaldes, pues si bien el presidente representa la unidad nacional, el alcalde elegido popularmente representa a su comunidad en forma directa. Recordemos que, como se dijo antes, no debe soslayarse el hecho de que el constituyente de 1991 no fue un constituyente ateo, lo cual determina o impregna algunas instituciones jurídicas, como la del juramento a Dios por parte del presidente y del alcalde.

Por esta razón, se despacharán como improcedentes los cargos de la demanda.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-01508 (011-050636-2001)**

> **AUTO DE ARCHIVO** - Rechazo del recurso de apelación por interponerlo persona diferente al quejoso / **QUEJOSO** - Diferencias con informante

Revisado el acervo probatorio encuentra la Sala, que efectivamente y como lo afirma el disciplinado ANTONIO JOSÉ SERRANO, el señor ÁLVARO LEYVA DURAN no presentó queja ante la Procuraduría, contrario sensu, los hechos investigados llegan a conocimiento de la entidad a través del escrito calendado 30 de noviembre de 2000, remitido al señor Procurador General de la Nación, por el entonces Ministro de Justicia Doctor, RÓMULO GONZÁLEZ TRUJILLO. En él remite a este órgano de control COPIA de los documentos allí enunciados, el casete, el video y la comunicación de su secretaría sobre la manera como llegaron a su despacho, indicando que tal remisión se hace para los fines que la Procuraduría estime convenientes. (fl. 27)

Igualmente informa que copia de todo esto, lo ha enviado a la Corte Suprema de Justicia y Defensoría del Pueblo; y que los originales los remitió a la Fiscalía General de la Nación.

Aunado a lo anterior, con fecha 26 de diciembre, la Defensoría del Pueblo remite el oficio No. 0882 suscrito por el Director General de Investigaciones del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", así como un casete allegado a esa Dirección el día 5 de diciembre de 2000, en el que informa, además, que los mismos fueron enviados a esa Dependencia en forma anónima. (fl. 2 a 19).

Y con fundamento en ellos, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y Policía Judicial inicia la respectiva indagación Preliminar.

A su vez el artículo 69 de la Ley 734 de 2002, establece que *"La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulaba por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de la Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992."*

Implica lo anterior que el informante y el quejoso no ostentan la misma calidad jurídica, ya que la norma establece que el informante es un servidor público, como en el caso de autos, el Ministro de Justicia y la Directora Nacional de Atención y Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo por informe recibido del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", quien a su vez lo inició con fundamento en anónimo recibido en esa entidad.

La normatividad disciplinaria, igualmente, delimita la intervención del quejoso a: La presentación y ampliación de la queja bajo la gravedad del juramento; a aportar las pruebas que tenga en su poder; y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio. (Parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002).

De ella se infiere, entonces, que a excepción de los sujetos procesales, el único ajeno a ellos, que está habilitado para impugnar la orden de Archivo de las diligencias es el quejoso, y en el presente evento, no hubo quejoso, sino informante.

El deber del informante se limita a poner en conocimiento del organismo de control la posible comisión de una infracción disciplinaria, mientras que el quejoso está facultado, aún sin ser parte en el proceso, denunciar el hecho irregular, y por ende, impugnar la decisión de archivo.

Es por ello que el artículo 109 ibídem, indica la obligatoriedad para el operador disciplinario de comunicar al quejoso la decisión de archivo y el fallo absolutorio.

En consecuencia, como quiera que el presente disciplinario se inició con fundamento en los informes enviados a la Procuraduría por el Ministerio de Justicia y la Defensoría del

Pueblo, esta Sala Disciplinaria se inhibe de resolver el recurso de apelación presentado por el Doctor Álvaro Leyva Durán, teniendo en cuenta que quien impugnó la decisión de archivo no es sujeto procesal y, por consiguiente, carece de personería para interponer recursos.

Artículo 91. ***Calidad de investigado.*** La calidad de investigado se adquiere a partir del momento de la apertura de investigación o de la orden de vinculación, según el caso.

El funcionario encargado de la investigación, notificará de manera personal la decisión de apertura, al disciplinado. Para tal efecto lo citará a la dirección registrada en el expediente o a aquella que aparezca registrada en su hoja de vida. De no ser posible la notificación personal, se le notificará por edicto de la manera prevista en este código.

El trámite de la notificación personal no suspende en ningún caso la actuación probatoria encaminada a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del disciplinado. Con todo, aquellas pruebas que se hayan practicado sin la presencia del implicado, en tanto se surtía dicho trámite de notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite el disciplinado.

Enterado de la vinculación el investigado, y su defensor si lo tuviere, tendrá la obligación procesal de señalar la dirección en la cual recibirán las comunicaciones y de informar cualquier cambio de ella.

La omisión de tal deber implicará que las comunicaciones se dirijan a la última dirección conocida.

Artículo 92. ***Derechos del investigado.*** Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos:

1. Acceder a la investigación.

Jurisprudencia: El numeral 2° del artículo 77 de la Ley 200 de 1995 establecía:

“2. El investigado tendrá acceso al informativo disciplinario a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, según el caso.”

Dicho numeral fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-430/97**.

DERECHO DISCIPLINARIO - Contenido

PROCESO DISCIPLINARIO - Etapas

INDAGACIÓN DISCIPLINARIA - Contenido

PROCESO DISCIPLINARIO - Oportunidad para controvertir la prueba **/ PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN PROBATORIA EN PROCESO DISCIPLINARIO**

QUEJA EN PROCESO DISCIPLINARIO

2. La solución del problema planteado.

2.1. El derecho disciplinario, como lo ha señalado la Corte[345], comprende el conjunto de normas substanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo de aquél.

La potestad punitiva disciplinaria del Estado contra los servidores públicos o los particulares que ejerzan funciones públicas, se ejerce y hace efectiva por sus ramas y órganos, cuando dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios y las normas que rigen las formas de su comportamiento e incurren, en consecuencia, en infracciones disciplinarias, que se estructuran y juzgan con arreglo a las normas sustanciales y procedimentales contempladas en el respectivo régimen disciplinario. El conjunto de reglas de dicha índole expedidas por el legislador encaminadas a asegurar el normal desarrollo de los trámites o actuaciones que conducen a establecer o no la responsabilidad disciplinaria, constituyen el debido proceso disciplinario.

2.2. Con el fin de analizar los cargos de la demanda, es necesario hacer un examen de conjunto de las normas del Código Único Disciplinario (Ley 200/95) que regulan el debido proceso disciplinario, pues las normas contra las cuales el demandante dirige la censura de inconstitucionalidad hacen parte de un universo o sistema regulador de la temática atinente a los trámites o procedimientos que deben observarse por quienes son titulares del poder disciplinario, con el fin de deducir las responsabilidades que correspondan por violación de las disposiciones que configuran faltas disciplinarias.

En el proceso disciplinario se distinguen diferentes etapas, que tienen una estructura y cumplen una función y tienen una finalidad o instrumentalidad propias.

---

[345] Sentencia C-341/96, M.P. Antonio Barrera Carbonell

El proceso disciplinario constituye un todo unitario que es producto de una actividad secuencial que se desarrolla a través de una serie de etapas o actos procesales preclusivos, que conducen al logro de su finalidad, es decir, a obtener el resultado práctico que constituye su objeto, como es la de establecer la responsabilidad disciplinaria de los infractores del régimen disciplinario.

En tal virtud, cada etapa responde a una necesidad procesal específica, circunstancia que determina la autonomía relativa que la caracteriza y las atribuciones de cada uno de los sujetos intervinientes en la respectiva actuación, de manera que estos adecuan su conducta procesal al marco jurídico que le sirve de derrotero a ésta, con lo cual no sólo se legitima su gestión, sino que al mismo tiempo se detectan y corrigen oportunamente las posibles desviaciones en que incurran dichos agentes.

Con sujeción a tales reglas de juego, el sujeto pasivo de la investigación goza de oportunidades para acceder al informativo disciplinario o solicitar la práctica de pruebas (119) o controvertirlas, rendir exposición espontánea (147), presentar descargos(152), o el investigador del ilícito disciplinario tiene demarcadas sus atribuciones, la manera de ejercerlas y los límites de su propio poder, de manera que como objetivo de su actividad en la indagación preliminar, le corresponde descartar cualquier duda sobre la procedencia de la investigación disciplinarias (art. 138), y en la investigación, establecer fehacientemente la existencia de la falta disciplinaria y la prueba concluyente sobre la autoría (art. 144), y concretar y formular los cargos deducidos al evaluar la investigación (art. 150), sobre cuya base se va a edificar la existencia o no de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Con arreglo a las referidas previsiones, se distinguen dentro del proceso disciplinario las siguientes etapas: la indagación preliminar, la investigación disciplinaria y el juzgamiento.

La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.

La investigación debe iniciarse cuando se encuentra establecida la existencia de una falta disciplinaria y la identidad de su autor, como resultado de la indagación preliminar de la queja formulada por cualquier persona, o del informe, junto con sus anexos proveniente de servidor público. Dicha investigación se inicia con una providencia de mero trámite que contiene los requisitos prescritos en el art. 144 del C.D.U.

Surtida la etapa investigativa y con base en una evaluación de sus resultados, se procede al archivo del informativo en el evento de que se considere que la conducta no existió, que no es constitutiva de falta disciplinaria o que la acción no podía iniciarse o

proseguirse por prescripción o muerte del implicado o cuando la conducta se encuentre justificada (arts. 23, 148, 149, 150 y 151 C.D.U.).

En cambio, cuando de la investigación se concluye que objetivamente se encuentra establecida la existencia de la falta y comprometida la responsabilidad del disciplinado en su comisión, se abre paso a la etapa del juzgamiento. Esta comprende la formulación de los respectivos cargos, su notificación al inculpado, un término para rendir descargos, la solicitud de pruebas de éste, el decreto y práctica de pruebas, la decisión final o fallo que declara o no la responsabilidad del inculpado, así como su impugnación por la vía de los recursos gubernativos o de la revocación directa o su revisión por el mecanismo de la consulta (arts. 91, numeral 1, 92, 93, 94. 96 a 114, 150, 152, y siguientes C.D.U.).

2.3. Como parte integrante del derecho al debido proceso la Constitución reconoce, a quien sea sindicado o imputado, es decir, a quien se le endilga la comisión de un hecho que configura un ilícito penal, contravencional o disciplinario, el derecho de defensa que se traduce, entre otras manifestaciones, en la posibilidad de ser oído, "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra".

2.4. Según el actor, con fundamento en el art. 29 de la Constitución, el disciplinado tiene derecho a presentar pruebas y controvertirlas, desde el mismo momento en que se entera o es informado sobre la iniciación de la indagación o investigación en su contra. Por consiguiente, se viola esta norma superior, cuando el numeral 2o. del artículo 77 del Código establece que el investigado sólo tiene acceso al informativo una vez haya sido escuchado en versión espontánea o notificado formalmente de los cargos, según el caso, porque se estaría desconociendo la oportunidad que aquel tendría para ejercer sus derechos de contradicción y defensa en el periodo anterior a cualquiera de esas oportunidades.

La norma en cuestión interpretada de manera aislada, podría ser entendida de la misma manera como lo hace el demandante. Sin embargo, interpretada de manera sistemática tiene el siguiente alcance:

Cuando dicha norma determina que "el investigado tendrá acceso al informativo disciplinario a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, según el caso", está regulando una de las formas o maneras como se garantiza en los procesos disciplinarios el principio de imparcialidad. No esta indicando, por consiguiente, que esa sea la única oportunidad para ejercer el derecho de contradicción probatoria.

En efecto, el art. 80 del C.D.U. dispone:

"ARTICULO 80. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. El investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas".

Como puede observarse el C.D.U., reconoce en favor del investigado su derecho a conocer la actuación procesal y a controvertir las pruebas, tanto en la indagación preliminar como en la investigación. Por consiguiente, la norma acusada entendida armónicamente con dicho artículo, debe ser considerada como una reiteración del derecho de contradicción probatoria, referida específicamente a la necesidad de asegurar el principio de imparcialidad a que aquélla alude.

Podría argüirse la falta de técnica legislativa, en relación con la regulación en dos normas distintas de un aspecto que atañe con el derecho de contradicción probatoria en los procesos disciplinarios; mas ello no hace inconstitucional la norma demandada.

2.5. El actor sostiene que la norma del numeral 2 del art. 77, igualmente desconoce el principio de contradicción probatoria, al no permitírsele al presunto inculpado el conocimiento de la queja que contra él se hubiese formulado. Al respecto se observa:

La queja no es una prueba, porque de serlo no necesitaría demostrarse, a menos que sea ratificada con las formalidades propias de la prueba testimonial. Ella puede dar origen a la acción disciplinaria, según el art. 47 del C.D.U., es decir, eventualmente puede poner en movimiento la actividad disciplinaria y en tal situación determinar la posibilidad de que se surta la indagación preliminar y que se cite al funcionario denunciado para que exponga su versión sobre los hechos constitutivos de aquélla, o bien que se abra la investigación si del contenido de la queja se deduce que hay mérito para ello.

Pero no toda queja necesariamente origina una actuación disciplinaria, indagación preliminar o investigación, porque desde el principio puede descartarse por descabellada o intranscendente, con lo cual al no admitírsela como presupuesto de la acción disciplinaria, no necesariamente desencadena la obligación del funcionario titular del poder disciplinario de ponerla en conocimiento del presunto inculpado. Sin embargo, de todas maneras según los términos del art. 80 en referencia, el denunciado tiene el derecho de conocer la queja ya sea en la indagación preliminar o en la investigación, mas aún, cuando ella se perfecciona como una prueba testimonial.

2. Designar defensor.

3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-01475 (028-016717/98)**

VERSIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA - Su ampliación procede en la etapa de juzgamiento dentro del proceso disciplinario

2. Sobre el recurso de apelación interpuesto por el disciplinado Gustavo Soto Rojas, la Sala Disciplinaria se aparta del criterio expuesto por el a quo, por las siguientes razones:

La sentencia C-430 de 1997, de la Honorable Corte Constitucional se encarga de despejar cualquier tipo de duda respecto del artículo 147 de la ley 200 de 1995.

Del estudio integral de la providencia, para la Sala Disciplinaria es claro, que el derecho de defensa no puede ser restringido en ninguno de los estadios procesales, llámense indagación preliminar, investigación disciplinaria o juzgamiento.

Así en la citada providencia, la Corte precisó:

"Esta Corporación en varias sentencias ha sostenido que el derecho a la defensa debe asegurase permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación ***y en el juicio***, por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar." (Cursiva y negrilla fuera de texto).

El derecho de defensa como parte integrante del debido proceso, implica para su realización material que, tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, quien sea sindicado de la comisión de un hecho punible, contravencional o disciplinario, pueda entre otras manifestaciones, ser oído, solicitar y aportar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra.

En este orden de ideas, una de las herramientas con que cuenta el disciplinado para su defensa, es la versión libre y espontánea, diligencia que por provenir directamente de la persona que tiene interés y conocimiento directo sobre los hechos que se investigan y, especialmente sobre aquellos en los cuales se edifica la posibilidad de un reproche disciplinario, se torna en pieza principal probatoria, que por sí sola, puede definir la suerte del disciplinado, pues independientemente de los elementos que esta diligencia pueda aportar para el esclarecimiento de los hechos, adquiere mayor relevancia, cuando de la misma surge la posibilidad, inclusive, de una confesión.

La Corte Constitucional, en la sentencia referida, a juicio de la Sala, lo que ha hecho es aclarar, en forma expresa, que también en la etapa de juzgamiento, que comprende desde la formulación del pliego de cargos, hasta la decisión de final o fallo que declara o no la responsabilidad del implicado, así como su impugnación por vía de los recursos gubernativos, puede ejercerse el derecho de contradicción, pues esta garantía procesal se ponía en duda interpretando en forma exegética el contenido del artículo 147 de la ley 200 de 1995.

Por ello, como se anotó, la Corte señaló que la recepción de la versión libre, no sólo es posible en la etapa de investigación disciplinaria, como lo dispone la norma citada, sino que también lo es, en las etapas de indagación preliminar y juzgamiento.

En la sentencia referida anotó también la Corte Constitucional:

"… Las mismas reflexiones que ha hecho la Corte en relación con el numeral 2º del art. 77 son igualmente válidas con respecto al artículo 130 que se acusa (…) lo cual no significa en forma alguna que se desconozca el derecho de contradicción para la etapa anterior o sea la de la indagación preliminar, si la hubiere, ni para la posterior – ***el juzgamiento*** – que comienza con la formulación de cargos… En síntesis, como se ha visto, la oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación ***y en la etapa de juzgamiento***, según se desprende de los arts. 80 y 153 del CDU…" (Cursiva y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, la Sala Disciplinaria revocará el numeral tercero de la parte resolutiva del proveído calendado 29 de enero del 2002, proferido por la Delegada para la Economía y la Hacienda Pública y, en su lugar, ordenará la ampliación de la versión libre del investigado GUSTAVO SOTO ROJAS.

4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica.

5. Rendir descargos.

6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.

7. Obtener copias de la actuación.

8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Auto del 30 de mayo de 2003. Radicación Nº **002-61345-01**.

> **PROCESO DISCIPLINARIO** - Término de traslado para alegatos de conclusión

El término de traslado para alegar de conclusión en el proceso disciplinario es de cinco (5) días por aplicación del artículo 165 del C.P.P. y la notificación ha de efectuarse en la forma prevista en el artículo 321 del C. P.C.

"De acuerdo al numeral 8° del artículo 92 del Nuevo Código Disciplinario Único, el procesado tiene derecho a presentar "alegatos de conclusión antes del fallo", no obstante, no se señaló trámite alguno para ello.

En aras de garantizar un "plus" de defensa, se dispone que el expediente quede a disposición de los sujetos procesales por cinco (5) días hábiles, término establecido de conformidad con el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal, por remisión permitida en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002.

Como tal auto no es interlocutorio y el tema no ha sido regulado, en virtud de la remisión autorizada en los artículos 21 y 105 de la Ley 734 de 2002, se notificará en la forma señalada por el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y en consecuencia, los cinco (5) días de traslado se contarán a partir exclusive del tercer día hábil siguiente a la desfijación del estado, fecha en la cual queda ejecutoriado el auto por no tener recurso alguno, conforme lo establece el artículo 331 ibídem".

Artículo 93. ***Estudiantes de consultorios jurídicos y facultades del defensor.*** Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

DERECHO DE DEFENSA - Estudiantes de consultorios jurídicos como defensores de oficio

a) Cargos de la demanda

El actor sostiene que es contrario a los artículos 29 inciso 2º, 123 inciso final y 150 numeral 23 de la Carta, la parte del precepto demandado que permite que los estudiantes de consultorio jurídico actúen como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, por cuanto en los procesos en los cuales existe una represión estatal formalizada, la defensa del procesado no puede ser adelantada por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho.

b) Problema jurídico

Se debe analizar si la participación de los estudiantes de consultorios jurídicos como defensores de oficio dentro de los procesos disciplinarios garantizan efectivamente el derecho a la defensa de los disciplinados.

(…)

e) Consideraciones de la Corte.

No comparte la Corte las aseveraciones del actor en el sentido de señalar que la defensa que realiza un estudiante de consultorio jurídico en procesos disciplinarios atente contra el derecho a contar con una defensa técnica. En efecto, esta Corporación ha insistido en que las defensas que realizan los estudiantes de derecho durante su consultorio jurídico, además de constituir una valiosa labor social, lejos de vulnerar el derecho a un debido proceso, en especial a contar con una adecuada defensa técnica, lo garantizan.

En relación con el debido proceso, el artículo 29 de la Carta Política establece que *"quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento"*. Como lo ha definido la Corte, este precepto superior exige que en asuntos penales es requisito indispensable que quien asuma la defensa o representación de un sindicado debe ser una persona que ha obtenido el título de abogado, suponiéndose que tiene los suficientes conocimientos jurídicos para adelantar una defensa técnica, especializada y eficaz, con el fin de asegurar al procesado su derecho de defensa.[346]

No obstante, este principio general no tiene carácter absoluto. La Corte ha aceptado, de manera excepcional, que en materia penal se pueda habilitar defensores que al menos reúnan las condiciones de egresados o estudiantes de derecho que pertenezcan a un consultorio jurídico, en razón de que no puede desconocerse el hecho de que en algunos municipios no puede contarse con la presencia de un abogado titulado para que ejerza la labor de defensor de oficio en tales asuntos, lo que igualmente le causaría perjuicio a los procesados. Así en Sentencia SU-044 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte ya había expresado que:

> *"La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado; solamente en casos excepcionales en que no pueda contarse con abogado titulado puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, (Decreto 176/91, arts. 30, 31, y 32, Decreto 765/77) pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica".*

Posteriormente, en Sentencia C-071 de 1995, la Corte expresó al respecto lo siguiente:

---

346 Sentencias C-592 de 1993; SU-044 de 1995; C-071 de 1995; C-037, C-049 y C-069 de 1996; 025 de 1998, C-143 de 2001

"en asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras de garantizar al procesado su derecho de defensa. Sin embargo, la Corte no puede desconocer que existen municipios en donde no es posible contar con abogados titulados para que cumplan la labor de defensor de oficio en asuntos penales, lo que causa perjuicio a los procesados, y es por ello que en sentencia SU-044/95, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, aceptó que en casos excepcionalísimos, se puedan habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico".

Al revisar el artículo 3° del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que consagra la garantía del derecho de defensa en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, sin excepción alguna, y faculta a los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado para ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla, la Corte, aunque reiteró la necesidad de que tal defensa sea asumida por un abogado titulado, encontró exequible esta facultad recalcando lo que al respecto ya se había considerado en Sentencias C-592 de 1993, y C-071 de 1995, y expresando además que *"sólo ante la inexistencia de abogados titulados en algún municipio del país o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia, los estudiantes de los consultorios jurídicos pueden hacer parte de un proceso penal"*, y agregando que *"la certificación de idoneidad que las universidades deban otorgar a los estudiantes de derecho de los consultorios jurídicos para ejercer la defensa técnica, no puede de ningún modo circunscribirse exclusivamente a la valoración académica de la persona, sino que debe incluir el comportamiento moral y ético que el estudiante ha demostrado a lo largo de su carrera universitaria"*.

La Corte ha venido reiterando posteriormente la misma doctrina. Así, en la Sentencia C-049 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, entre otras determinaciones, se decidió declarar exequibles el inciso segundo del artículo 148 del anterior Código de Procedimiento Penal -Decreto Ley 2700 de 1991-, que disponía que los estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos o los egresados, podían intervenir en las actuaciones procesales, en las condiciones previstas en los estatutos de la profesión de abogado y de la defensoría pública. En aquel entonces la Corte expresó que:

"...es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado en materia penal sea un profesional del derecho; empero tampoco puede desconocerse la realidad en la que en ciertas condiciones no es posible contar con abogados titulados para que cumplan la labor de defensor de oficio en asuntos penales, lo que le ha llevado a aceptar dentro del marco de la

jurisprudencia de esta Corporación que en casos excepcionalísimos, la ley pueda habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, desde luego, garantizando un mínimo de formación e idoneidad técnica y profesional para que pueda atender a las necesidades profesionales del defendido. Se trata simplemente de permitir que personas calificadas por sus estudios profesionales, bajo la coordinación científica y académica de los consultorios jurídicos de las universidades con facultades de derecho y egresados de las mismas, en trance de obtención del título profesional o del cumplimiento de requisitos especiales para el mismo como el de la judicatura, pongan sus conocimientos profesionales adquiridos y actúen como abogados en la defensa de los intereses de los sindicados en los procesos penales, durante las etapas de investigación y juzgamiento".

En la Sentencia C-617 de 1996, que declaró exequible, en los términos de la misma, el literal a) del artículo 30 del Decreto 196 de 1971 -Estatuto de la Abogacía-, los cargos que analizó la Corte versaban sobre la presunta infracción al artículo 29 Fundamental, pues en criterio del actor la disposición acusada faculta a los estudiantes en forma absoluta y sin límite en el tiempo para ejercer funciones jurídicas, desconociendo que el citado precepto superior consagra el derecho a la defensa técnica, en virtud de la cual la defensa de los sindicados solo puede ser adelantada por profesionales en derecho y solo excepcionalmente por estudiantes en caso de ausencia del abogado.

Frente a esta acusación, la Corte en la mencionada providencia se refirió a la necesidad de garantizar a los procesados el derecho fundamental a la defensa técnica por parte de personas con idoneidad personal y profesional, reiterando que sólo ante la inexistencia de abogados titulados o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia dicha defensa puede ser ejercida en asuntos penales por estudiantes orientados por las facultades de derecho. Al respecto la Corte consideró:

"En realidad, aunque a los alumnos de los últimos años de Derecho no se les puede catalogar como expertos en materia penal, pues por su mismo estado carecen de la trayectoria que se supone exhiben los abogados que han obtenido el título -sin que esto último constituya tampoco verdad universal ni probada-, las posibilidades de defensa técnica que ofrecen son mucho mejores que las de profesionales en otras actividades o las del ciudadano honesto al que aludía una norma legal declarada inexequible por esta Corte (Sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz).

"En efecto, la reciente adquisición de conocimientos jurídicos, la necesaria actualización del estudiante aprovechado en materia legislativa y jurisprudencial y la proximidad de los docentes especialistas en el tema -elementos todos estos que se esperan de los centros universitarios competentes, autorizados y supervisados por el Estado- permiten concluir en la capacidad práctica de defender los intereses del procesado en

circunstancias de necesidad impostergable en las cuales se carezca en absoluto de los servicios de un abogado titulado y también a falta de un defensor público.

"En ese orden de ideas, la Corte estima que la disposición legal acusada, al autorizar a los estudiantes de Derecho pertenecientes a consultorios jurídicos universitarios para asumir defensas penales en los procesos de los cuales conocen los jueces penales y las autoridades de policía y para hacerlo de oficio en toda clase de procesos penales, como voceros o defensores en audiencia, es exequible, toda vez que la enunciada opción no obstaculiza en sí misma la defensa técnica de los procesados, especialmente si se consideran los escasos recursos económicos de las personas que acuden a esas dependencias de apoyo jurídico de las facultades de Derecho y las situaciones prácticas que con frecuencia surgen en diversos lugares del territorio en los cuales se dificulta en extremo la presencia inmediata de abogados.

"La normatividad objeto de análisis tiene precisamente el sentido de asegurar que la garantía constitucional de la defensa no sea frustrada por la fuerza de las circunstancias, apelando al concurso de quienes están próximos a cumplir los requisitos necesarios para optar el título y tienen conocidos los fundamentos básicos de índole sustancial y procesal, indispensables para asumir la representación judicial de personas económicamente débiles".

De tal suerte que, recurriendo a un argumento *ad maiori ad minus*, la Corte considera que si en materia penal es constitucionalmente válido que los estudiantes de consultorio jurídico atienda determinadas causas, con mayor razón en materia disciplinaria, como quiera que las sanciones a imponer son de menor entidad y afectación de las libertades públicas.

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible la expresión *estudiantes de consultorios jurídicos*, así como la expresión *Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000*, previstas en el artículo 93 de la Ley 374 de 2002, por los cargos analizados en esta sentencia.

Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.

T I T U L O V

LA ACTUACION PROCESAL

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 94. ***Principios que rigen la actuación procesal.*** La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente ley y en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo. Así mismo, se observarán los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Auto del 28 de febrero de 2003, Radicación Nº **002-73503**.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Notificaciones como garantía del derecho de defensa a través del principio de contradicción

"... En cuanto a la violación del derecho de defensa y la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, alegada por varios de los sujetos procesales, con fundamento en el artículo 143, numerales 2 y 3 de la ley 734 de 2002, particularmente en cuanto consideran que se violó el derecho a la contradicción de las pruebas por cuanto los investigados no tuvieron la oportunidad de participar en la práctica de las pruebas testimoniales que el despacho ha tenido en cuenta para la formulación de los cargos, por lo cual no pudieron controvertirla a fin de ejercer su derecho de defensa, es importante considerar lo siguiente:

En el presente proceso se ha cumplido ampliamente el principio de publicidad dando a conocer las pruebas y las decisiones adoptadas, precisamente para garantizar el derecho de defensa a través del principio de contradicción, ello se ha materializado en las notificaciones tanto a los investigados como a sus apoderados, ya personalmente o de la forma supletoria prevista por la ley disciplinaria de procedimiento, el edicto; en nada se ha impedido o dificultado el acceso al expediente ni el ejercicio del derecho de contradicción de los medios de prueba que materialmente obran en el expediente..."

Artículo 95. ***Reserva de la actuación disciplinaria.*** En el procedimiento ordinario las actuaciones disciplinarias serán reservadas hasta cuando se formule el pliego de cargos o la providencia que ordene el archivo definitivo, sin perjuicio de los derechos de los sujetos procesales. En el

procedimiento especial ante el Procurador General de la Nación y en el procedimiento verbal, hasta la decisión de citar a audiencia.

El investigado estará obligado a guardar la reserva de las pruebas que por disposición de la Constitución o la ley tengan dicha condición.

Artículo 96. ***Requisitos formales de la actuación.*** La actuación disciplinaria deberá adelantarse en idioma castellano, y se recogerá por duplicado, en el medio más idóneo posible.

Las demás formalidades se regirán por las normas del Código Contencioso Administrativo. Cuando la Procuraduría General de la Nación ejerza funciones de policía judicial se aplicará el Código de Procedimiento Penal, en cuanto no se oponga a las previsiones de esta ley.

Artículo 97. ***Motivación de las decisiones disciplinarias y término para adoptar decisiones.*** Salvo lo dispuesto en normas especiales de este código, todas las decisiones interlocutorias y los fallos que se profieran en el curso de la actuación deberán motivarse.

Las decisiones que requieran motivación se tomarán en el término de diez días y las de impulso procesal en el de tres, salvo disposición en contrario.

Artículo 98. ***Utilización de medios técnicos.*** Para la práctica de las pruebas y para el desarrollo de la actuación se podrán utilizar medios técnicos, siempre y cuando su uso no atente contra los derechos y garantías constitucionales.

Las pruebas y diligencias pueden ser recogidas y conservadas en medios técnicos y su contenido se consignará por escrito sólo cuando sea estrictamente necesario.

Así mismo, la evacuación de audiencias, diligencias en general y la práctica de pruebas pueden llevarse a cabo en lugares diferentes al del conductor del proceso, a través de medios como la audiencia o comunicación virtual, siempre que otro servidor público controle materialmente su desarrollo en el lugar de su evacuación. De ello se dejará constancia expresa en el acta de la diligencia.

Artículo 99. ***Reconstrucción de expedientes.*** Cuando se perdiere o destruyere un expediente correspondiente a una actuación en curso, el funcionario competente deberá practicar todas las diligencias necesarias para lograr su reconstrucción. Para tal efecto, se allegarán las copias recogidas previamente por escrito o en medio magnético y se solicitará la colaboración de los sujetos procesales, a fin de obtener copia de las

diligencias o decisiones que se hubieren proferido; de igual forma se procederá respecto de las remitidas a las entidades oficiales.

Cuando los procesos no pudieren ser reconstruidos, deberá reiniciarse la actuación oficiosamente.

CAPITULO SEGUNDO

Notificaciones y comunicaciones

Artículo 100. ***Formas de notificación.*** La notificación de las decisiones disciplinarias puede ser: personal, por estado, en estrados, por edicto o por conducta concluyente.

Artículo 101. ***Notificación personal.*** Se notificarán personalmente los autos de apertura de indagación preliminar y de investigación disciplinaria, el pliego de cargos y el fallo.

Artículo 102. ***Notificación por medios de comunicación electrónicos.*** Las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado. La respectiva constancia será anexada al expediente.

Artículo 103. ***Notificación de decisiones interlocutorias.*** Proferida la decisión, a más tardar al día siguiente se librará comunicación con destino a la persona que deba notificarse; si ésta no se presenta a la secretaría del despacho que profirió la decisión, dentro de los tres días hábiles siguientes, se procederá a notificar por estado o por edicto, salvo en el evento del pliego de cargos.

En la comunicación se indicará la fecha de la providencia y la decisión tomada.

Artículo 104. ***Notificación por funcionario comisionado.*** En los casos en que la notificación del pliego de cargos deba realizarse en sede diferente a la del competente, éste podrá comisionar para tal efecto a otro funcionario de la Procuraduría o al jefe de la entidad a la que esté vinculado el investigado, o en su defecto, al personero distrital o municipal del lugar donde se encuentre el investigado o su apoderado, según el caso. Si no se pudiere realizar la notificación personal, se fijará edicto en lugar visible de la secretaría del despacho comisionado, por el término de cinco días hábiles. Cumplido lo anterior, el comisionado

devolverá inmediatamente al comitente la actuación, con las constancias correspondientes.

La actuación permanecerá en la Secretaría del funcionario que profirió la decisión.

Artículo 105. ***Notificación por estado.*** La notificación por estado se hará conforme lo dispone el Código de Procedimiento Civil.

Artículo 106. ***Notificación en estrado.*** Las decisiones que se profieran en audiencia pública o en el curso de cualquier diligencia de carácter verbal se consideran notificadas a todos los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes.

Artículo 107. ***Notificación por edicto.*** Los autos que deciden la apertura de indagación preliminar e investigación y fallos que no pudieren notificarse personalmente se notificarán por edicto. Para tal efecto, una vez producida la decisión, se citará inmediatamente al disciplinado, por un medio eficaz, a la entidad donde trabaja o a la última dirección registrada en su hoja de vida o a la que aparezca en el proceso disciplinario, con el fin de notificarle el contenido de aquella y, si es sancionatoria, hacerle conocer los recursos que puede interponer. Se dejará constancia secretarial en el expediente sobre el envío de la citación.

Jurisprudencia: El artículo 87 de la Ley 200 de 1995 establecía:

"Artículo 87. Notificaciones por edicto. **Los autos de cargos**, el que niega pruebas, el que niega el recurso de apelación y los fallos se notificarán por edicto cuando, a pesar de las diligencias pertinentes de las cuales se dejará constancia secretarial en el expediente, no se hayan podido notificar personalmente."

Dicho artículo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-627/96**. Las consideraciones generales se encuentran en seguida del artículo 17 de la presente ley que trata el derecho de defensa y el juzgamiento del ausente.

> **NOTIFICACIÓN POR EDICTO** - Opera cuando no es posible la notificación personal

2.5. En lo que concierne, en concreto, a los apartes normativos acusados la Corte considera:

(…)

b) La acusación contra las normas de la ley 200 de 1995 se dirigen: con respecto al artículo 87 a la expresión "los autos de cargos", en relación con el artículo 152 a la expresión "o de la desfijación del edicto" y a la totalidad del artículo 154 que prevé el juzgamiento del ausente.

Las notificaciones en los procesos disciplinarios, regulados por dicha ley, se surten en forma personal, por estrado, por edicto o por conducta concluyente (art. 83). Sólo requieren de notificación el auto de cargos, el que niega la práctica de pruebas, el que niega el recurso de apelación y los fallos; los autos que niegan la solicitud de ser oídos en forma espontánea o la expedición de copias se comunican al interesado (art. 84). Es de anotar, que para efectos de la notificación personal de las referidas providencias, el interesado debe comparecer ante el funcionario competente (art. 85), siendo entendido que éste debe disponer su citación con tal fin y de que ésta efectivamente se realice.

Significa lo anterior, que la notificación por edicto prevista en el artículo 87 no es una notificación principal sino subsidiaria, es decir, que opera cuando no es posible la notificación personal. Por lo tanto, por garantizarse en ella el debido proceso, no encuentra la Corte ningún reparo constitucional a que tanto los autos de cargos, como las demás providencias a que alude dicha norma se notifiquen por edicto.

Dada la unidad que presenta el texto de la norma del artículo 87, los cargos de la demanda se han analizado con respecto a la totalidad de sus preceptos. En tal virtud, se declarará exequible en su integridad.

Si vencido el término de ocho (8) días a partir del envío de la citación, no comparece el citado, en la Secretaría se fijará edicto por el término de tres (3) días para notificar la providencia.

Cuando el procesado ha estado asistido por apoderado, con él se surtirá la notificación personal, previo el procedimiento anterior.

Artículo 108. ***Notificación por conducta concluyente.*** Cuando no se hubiere realizado la notificación personal o ficta, o ésta fuere irregular respecto de decisiones o del fallo, la exigencia legal se entiende cumplida, para todos los efectos, si el procesado o su defensor no reclama y actúa en diligencias posteriores o interpone recursos contra ellos o se refiere a las mismas o a su contenido en escritos o alegatos verbales posteriores.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE - Concepto

DEBIDO PROCESO - Reclamo en notificación por conducta concluyente

a) Cargos de la demanda

Encuentra el ciudadano CUSPOCA ORTIZ, que el precepto en cuestión viola el artículo 29 de la Constitución porque el hecho de no reclamar la falta de notificación personal o ficta o la notificación irregular respecto de decisiones o del fallo y actuar en diligencias posteriores, no puede ser una causa constitucionalmente admisible para entender que se ha notificado por conducta concluyente al procesado, ya que se desnaturaliza el fin de la notificación personal, restándole importancia a la notificación en debida forma y además, un modo de notificar subsidiario se convertiría en uno principal. Así mismo, al sancionar al procesado con el no reclamo, se le está obligando a declarar contra sí mismo, violando el artículo 33 supralegal.

Finalmente, estima el demandante que en ninguno de los estatutos procesales está consagrado el no reclamo como causal para que se entienda surtida la notificación personal.

b) Problema jurídico

Con respecto a este cargo, la Corte deberá establecer si vulnera el debido proceso que una de las formas para que se surta la notificación por conducta concluyente sea el no reclamar y actuar en diligencias posteriores cuando no se hubiere realizado la notificación personal o ficta, o ésta fuere irregular respecto de las decisiones o del fallo.

(…)

d) Consideraciones de la Corte Constitucional.

Sin lugar a dudas, la notificación personal constituye el instrumento procesal más idóneo y adecuado para garantizar el derecho de defensa en cualquier actuación, sea esta penal o disciplinaria. En tal sentido, la Corte, en sentencia T-684/98 sostuvo:

> *"La notificación, tiene como efecto principal "hacer saber", "enterar" a las personas de las decisiones judiciales, cualquiera que sean, para garantizar el principio constitucional de ser oído dentro del proceso. En este orden de ideas, la notificación personal se constituye en la notificación por excelencia, tiene el*

carácter de principal respecto de todas las providencias, es a la que corresponde acudir en primer lugar, las demás son subsidiarias".[347]

Con todo, el legislador ha establecido otras formas subsidiarias de notificación: por estado, en estrados, por edicto y por conducta concluyente. Esta última forma de notificación, en esencia, consiste en que en caso de que la notificación principal, es decir la personal, no se pudo llevar a cabo o se adelantó de manera irregular, pero la persona sobre quien recaen los efectos de la decisión o su defensor, no actuaron en su momento pero lo hacen en diligencias posteriores o interponen recursos o se refieren al texto de la providencia en sus escritos o alegatos verbales, el legislador entiende que ese caso la persona tuvo conocimiento de la decisión. En tal sentido, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 16 de Octubre de 1987 consideró:

"La notificación por conducta concluyente establecida de modo general en el artículo 330 del C. de P.C. emerge, por esencia, del conocimiento de la providencia que se le debe notificar a una parte, porque ésta así lo ha manifestado de manera expresa, verbalmente o por escrito, de modo tal que por aplicación del principio de economía procesal, resulte superfluo acudir a otros medios de notificación previstos en la ley. La notificación debe operar bajo el estricto marco de dichas manifestaciones, porque en ello va envuelto la protección del derecho de defensa; tanto, que no es cualquier conducta procesal la eficaz para inferir que la parte ya conoce una providencia que no le ha sido notificada por alguna de las otras maneras previstas en el ordenamiento"[348]

Así pues, el establecimiento, por el legislador, del mecanismo de la notificación por conducta concluyente constituye una medida razonable y constitucionalmente válida por cuanto garantiza el principio de economía procesal. No obstante, a fin de tutelar el derecho de defensa, la Corte insiste que, en cualquier proceso judicial o administrativo, la notificación personal es la regla general, en tanto que medio por antonomasia para informarle a una persona el contenido de una determinada providencia que lo afecta, y que por ende, las demás formas de notificación son subsidiarias, su aplicación debe ser restrictiva y ceñida al texto legal, tanto más cuando se trata de operar una notificación por conducta concluyente debido a que, en no pocos casos, la ausencia de la práctica de la notificación personal es imputable a la falta de debida diligencia y cuidado de la administración.

---

347 Corte Constitucional, sentencia del 19 de noviembre de 1998. Actor: María Teresa Carrillo Zambrano en contra del Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Santafé de Bogotá. T-684/98. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

348 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de octubre de 1.987. Recurso de revisión de Munditrade contra Banco Industrial Colombiano. M.P. Héctor Marín Naranjo.

En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad de las expresiones *procesado* y *no reclama y actúa en diligencias posteriores*, que figura en el artículo 108 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en esta sentencia.

Artículo 109. *Comunicaciones.* Se debe comunicar al quejoso la decisión de archivo y el fallo absolutorio. Se entenderá cumplida la comunicación cuando haya transcurrido cinco días, después de la fecha de su entrega a la oficina de correo.

Las decisiones no susceptibles de recurso se comunicarán al día siguiente por el medio más eficaz y de ello se dejará constancia en el expediente.

CAPITULO TERCERO

Recursos

Artículo 110. *Clases de recursos y sus formalidades.* Contra las decisiones disciplinarias proceden los recursos de reposición, apelación y queja, los cuales se interpondrán por escrito, salvo disposición expresa en contrario.

Parágrafo. Contra las decisiones de simple trámite no procede recurso alguno.

Artículo 111. *Oportunidad para interponer los recursos.* Los recursos de reposición y apelación se podrán interponer desde la fecha de expedición de la respectiva decisión hasta el vencimiento de los tres días siguientes a la última notificación.

Si la notificación de la decisión se hace en estrados, los recursos deberán interponerse y sustentarse en el curso de la respectiva audiencia o diligencia. Si las mismas se realizaren en diferentes sesiones, se interpondrán en la sesión donde se produzca la decisión a impugnar.

Artículo 112. *Sustentación de los recursos.* Quien interponga recursos deberá expresar por escrito las razones que los sustentan ante el funcionario que profirió la correspondiente decisión. En caso contrario, se declararán desiertos. La sustentación del recurso deberá efectuarse dentro del mismo término que se tiene para impugnar.

Cuando la decisión haya sido proferida en estrado la sustentación se hará verbalmente en audiencia o diligencia, o en la respectiva sesión, según el caso.

Artículo 113. ***Recurso de reposición.*** El recurso de reposición procederá únicamente contra la decisión que se pronuncia sobre la nulidad y la negación de la solicitud de copias o pruebas al investigado o a su apoderado, y contra el fallo de única instancia.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Agencia como Ministerio Público ante el Consejo Superior de la Judicatura. Radicación Nº **2001-0344-01**.

> **PROCESO DE ÚNICA INSTANCIA** - Recurso de reposición contra el auto de archivo definitivo

"Procedencia del recurso.

El presente recurso debe ser estimado como procedente, según lo previsto en el artículo 113 de la ley 734 de 2002, comoquiera que la decisión impugnada debe ser equiparada a un fallo, toda vez que en forma definitiva pone fin a una actuación procesal disciplinaria."

Artículo 114. ***Trámite del recurso de reposición.*** Cuando el recurso de reposición se formule por escrito debidamente sustentado, vencido el término para impugnar la decisión, se mantendrá en Secretaría por tres días en traslado a los sujetos procesales. De lo anterior se dejará constancia en el expediente. Surtido el traslado, se decidirá el recurso.

Artículo 115. ***Recurso de apelación.*** El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, la decisión de archivo y el fallo de primera instancia.

Jurisprudencia: El artículo 102 de la Ley 200 de 1995 establecía en similar sentido: "Procedencia de la apelación.- El recurso de apelación es

procedente contra el auto que niega pruebas en la investigación disciplinaria y contra el fallo de primera instancia".

Dicho artículo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-892/99**.

DEBIDO PROCESO - La posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias es un derecho que hace parte de su núcleo esencial

RECURSOS - Competencia del legislador

4.3. Artículos 99 y 102.

A juicio del demandante, las disposiciones acusadas, vulneran los principios de contradicción, publicidad, defensa y doble instancia, por cuanto, salvo las taxativas excepciones que consagran las normas demandadas, las demás providencias interlocutorias quedan sin la posibilidad de impugnación mediante los recursos de reposición y apelación.

Los artículos 99 y 102 del Código Disciplinario Único, aquí demandados, consagran en su orden, los recursos de reposición y apelación, contra las providencias que allí se establecen, esto es, el recurso de reposición contra los "autos de sustanciación, contra el que niega la recepción de la versión voluntaria y contra los fallos de única instancia"; a su vez, el recurso de reposición procede contra "el auto que niega pruebas en la investigación disciplinaria y contra el fallo de primera instancia".

El legislador en el ejercicio de sus atribuciones, al regular los distintos procedimientos, goza de la facultad de configuración legislativa y, en ese orden de ideas, determina cuáles son las providencias recurribles y cuáles los recursos procedentes para el efecto.

Así las cosas, esta Corporación, ha expresado : "...En particular, esta Corte ha señalado que los recursos son de creación legal, y por ende es una materia en donde el Legislador tiene una amplia libertad, puesto que salvo ciertas referencias explícitas de la Carta –como la posibilidad de impugnar los fallos de tutela y las sentencias penales condenatorias (CP arts 29 y 86)- corresponde al Legislador instituir los recursos contra las providencias judiciales y administrativas, señalar la oportunidad en que proceden y sus efectos" (Sent. C-017 de 1996).

Inclusive, con anterioridad, en sentencia C-005 de 1993, esta Corporación señaló que "Si el legislador decide consagrar un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal distinción, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. **Más todavía, puede, con la misma limitación, suprimir los recursos**

que haya venido consagrando sin que, por el solo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política". (Negrillas fuera de texto).

Igualmente, la libertad del legislador, quedó plenamente establecida, en pronunciamientos de esta Corporación sobre el principio de la doble instancia, cuando expresó: "La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que la doble instancia, a través de la apelación o la consulta, no es parte esencial del debido proceso, y la Constitución no la ordena como exigencia del juicio adecuado.

"Empero, la tesis jurisprudencial que se menciona tienen hoy un carácter relativo pues si bien es cierto que la Constitución no establece la doble instancia como un principio del debido proceso, de manera abstracta y genérica, no lo es menos que la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias si es un derecho que hace parte del núcleo esencial del debido proceso. En otros términos, una norma que impida impugnar las sentencias condenatorias será inconstitucional por violación del debido proceso. En todos los demás casos, la doble instancia es un principio constitucional cuyas excepciones pueden estar contenidas en la ley (art. 31 de la C.N.).

"En síntesis : La doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso, -pues la ley puede consagrar excepciones- salvo cuando se trate de sentencias condenatorias, las cuales siempre podrán ser impugnadas, según el artículo 29 de la Carta". (Sent. C-119 de 1993).

De manera pues, que juicio de la Corte, de conformidad con la doctrina constitucional citada, no se presenta vicio de inconstitucionalidad respecto de los artículos 99 y 102 del Código Disciplinario Único, por omisión relativa, ya que, como se vio, corresponde al legislador en el ejercicio de sus funciones, establecer los actos procesales que son objeto de impugnación, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias; así mismo, es competencia del legislador la determinación de si un recurso debe ser sustentado o no.

Obsérvese entonces, que al deferirse a la ley, la posibilidad de establecer los mecanismos de impugnación, no se vulneran disposiciones de orden superior. Pero es más, el hecho de que no todas las providencias que se profieran dentro del proceso disciplinario puedan ser impugnadas mediante la interposición de los recursos de reposición y apelación, no obsta para que puedan ser atacadas a través de la institución de las nulidades. Es más, el mismo Código Disciplinario Único, en su artículo 131, consagra las causales de nulidad, a saber. "1. La incompetencia del funcionario para fallar. 2. La violación del derecho de defensa. 3. La ostensible vaguedad o ambigüedad de los cargos y la imprecisión de las normas en que se fundamenten. 4. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso".

Por las razones expuestas, será declarada la exequibilidad de los artículos 99 y 102 de la Ley 200 de 1995.

En el efecto suspensivo se concederá la apelación de la decisión de archivo, del fallo de primera instancia y de la decisión que niega totalmente la práctica de pruebas, cuando no se han decretado de oficio, caso en el cual se concederá en el efecto diferido; en el devolutivo, cuando la negativa es parcial.

Artículo 116. ***Prohibición de la reformatio in pejus.*** El superior, en la providencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto contra el fallo sancionatorio, no podrá agravar la sanción impuesta, cuando el investigado sea apelante único.

Jurisprudencia: El inciso 3° del artículo 103 de la Ley 200 de 1995 establecía: "En el proceso disciplinario el investigado es sujeto procesal, pero aun existiendo pluralidad de disciplinados ~~no~~ habrá lugar a la figura del apelante único, ~~excepto que el objeto de la apelación sea diferente~~".

Dicho inciso fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-012/97** salvo las expresiones tachadas que se declararon INEXEQUIBLES.

PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS EN PROCESOS DISCIPLINARIOS - Alcance **/ APELACIÓN EN PROCESO DISCIPLINARIO** - Alcance

Segunda. Lo que se debate.

Corresponde a la Corte determinar si el artículo 158 de la ley 200 de 1995, al permitir la revisión integral de los procesos disciplinarios en segunda instancia, autoriza la agravación de la pena impuesta al apelante único, desconociendo el principio de legalidad, el debido proceso y la prohibición de la *reformatio in pejus*.

Tercera. Alcance de la disposición acusada.

A fin de comparar más adelante el precepto impugnado con la Constitución, se procederá, en primer lugar, a desentrañar su sentido. Su texto dice:

> "ART. 158. **Competencia del superior**. El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar el proceso disciplinario en su integridad."

En opinión de la Corte, esta norma faculta al *ad quem*, con base en la simple apelación del fallo, **para revisar o examinar de nuevo "*el proceso disciplinario en su integridad*", y, por tanto, para revocar o reformar con amplitud la providencia sometida a su conocimiento.**

Lo anterior se afirma por lo siguiente:

a) Porque la redacción del artículo 158 así lo indica, como lo demuestra el significado amplio de la expresión "*revisar el proceso disciplinario en su integridad*", y porque la norma no menciona ningún aspecto vedado al fallador de segunda instancia, ni siquiera el relativo a la prohibición de la reforma peyorativa;

b) Porque de la interpretación de la norma acusada en relación con el artículo 103, incisos 2o. y 3o., *ibídem*, se deduce, como regla general en los procesos disciplinarios, la inexistencia del "*apelante único*" y, naturalmente, la de las garantías que lo rodean, excepto cuando una pluralidad de disciplinados interpone apelaciones con objeto diferente. Efectivamente, esta disposición dice:

> "ART. 103. **Concesión del recurso de apelación**. (...)
>
> "El fallo de primera instancia es apelable en el efecto suspensivo.
>
> "En el proceso disciplinario el investigado es sujeto procesal, **pero aun existiendo pluralidad de disciplinados no habrá lugar a la figura del apelante único, excepto que el objeto de la apelación sea diferente**." (Negrilla por fuera de texto)

Todo esto, a la luz de la ley 200 de 1995, significa que el funcionario de segundo grado puede alterar aspectos favorables no planteados por el apelante, y, salvo el caso de varios recursos diferentes de los investigados, no está limitado por la prohibición de la *reformatio in pejus*.

De esta suerte, es claro que el Código Disciplinario Único, en cuanto atañe al recurso de apelación de fallos, reduce la garantía de los apelantes únicos, pues faculta al superior para agravar las penas impuestas, excepto en el evento de la reclamación de una pluralidad de disciplinados.

Cuarta. Unidad normativa.

Como se vio, las facultades del funcionario de segunda instancia son particularmente amplias, porque, conforme al artículo demandado y al inciso 3o. del artículo 103 del Código Disciplinario Único, la prohibición de la *reformatio in pejus* asumió carácter excepcional. Es menester, entonces, anotar que la Corte examina el artículo 103 porque está íntimamente ligado al 158, a tal punto que la decisión sobre esta última norma sería incompleta e ineficaz sin la resolución sobre la primera. En otras palabras, la

amplia competencia de revisión disciplinaria prevista en el artículo 158 de la ley 200 de 1995, está directamente ligada a la aminoración del campo de acción de la prohibición de la *reformatio in pejus*, según lo ordena el numeral 3o. del artículo 103 *ibídem*.

Por este motivo, el examen de constitucionalidad del artículo 158 se hará conjuntamente con el del inciso 3o. del artículo 103 del Código Disciplinario Único.

Quinta. Situación constitucional de los artículos 103, inciso 3o., y 158 del Código Disciplinario Único.

El claro sentido de las normas en mención, esto es, permitir que por regla general se pueda agravar la pena impuesta al apelante único, excepto cuando haya una pluralidad de reclamaciones diferentes, afecta la prohibición constitucional de la *reformatio in pejus*, consagrada en el inciso final del artículo 31 de la Carta así:

> "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único."

Esta prohibición se desconoce si el superior, por regla general, está facultado para proceder frente al recurso del apelante único como si estuviera frente a las apelaciones de partes con intereses contrapuestos, pues, como es bien sabido, en estos últimos casos el *ad quem* sí puede volver a examinar toda la sentencia recurrida, sin limitarse sólo a los aspectos desfavorables al recurrente.

Sobre este particular, la Corte reitera la jurisprudencia que enseña que la prohibición de la reforma peyorativa opera también en materia disciplinaria. En este sentido, la sentencia C-406 de 1995, magistrado ponente doctor Fabio Morón Díaz, dice: "... *según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, inclusive en caso de actuaciones administrativas de naturaleza disciplinaria, diferentes al régimen penal, en atención a los principios constitucionales que establecen el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, no es constitucionalmente válido que el superior pueda agravar la sanción impuesta por el inferior*".

Pues bien, en el presente caso surge la violación del artículo 31, inciso final, de la Constitución, porque los textos de los artículos 103, inciso 3o., y 158 del Código Disciplinario Único, disponen que a pesar de existir un apelante único, el superior puede revisar íntegramente la sentencia de primer grado, excepto si se da el caso de varias apelaciones de diferentes disciplinados, cuyas finalidades sean distintas.

Este enfoque ya ha sido adoptado por la Corte en casos análogos.

Así, en la sentencia C-055 de 1993, magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo, una parte del artículo 430 del decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar) fue declarada inexequible. La norma decía que "*el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada*". En esa oportunidad, la Corte declaró exequible la disposición, excepto las

palabras “*sin limitación alguna*”, consideradas violatorias del artículo 31, inciso 2o., de la Constitución, argumentando que “*el artículo 430 del Código Penal Militar consagra la "reformatio in pejus" cuando expresa que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir "sin limitación alguna" sobre la providencia impugnada, lo cual choca abiertamente con el mandato constitucional al que se acaba de aludir*”.

Y en la citada sentencia C-406 de 1995, la Sala Plena declaró la inexequibilidad del artículo 120 del decreto 398 de 1994, “*por el cual se dicta el régimen disciplinario para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC*”, considerando que “*en lo que se refiere a la tacha de inconstitucionalidad formulada por el demandante y que se dirige especialmente contra el artículo 120 acusado, que establece la plena competencia del superior para decidir sin limitación sobre la providencia impugnada, la Corte encuentra que es inexequible, por cuanto es contrario al principio de la no reformatio in pejus consagrado en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Nacional*”. El artículo decía: “***Facultades del superior.*** *El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada*”.

Sexta. Criterios conforme a los cuales se decidirá.

En primer lugar, la Corte es consciente de que el artículo 158 es perfectamente constitucional si no se aplica cuando media el interés de un apelante único, pues al haber apelaciones de contrapartes, como serían las interpuestas simultáneamente por la Procuraduría y el disciplinado, el superior sí está facultado para decidir sin tener en cuenta el principio de la *no reformatio in pejus*. Se optará, en consecuencia, por declarar su exequibilidad, siempre y cuando su interpretación y aplicación no afecte, en ningún caso, la prohibición de la reforma peyorativa al apelante único, haya o no una pluralidad de disciplinados.

En segundo lugar, en cuanto al inciso 3o. del artículo 103 *ibídem*, la defensa de la prohibición constitucional de la *reformatio in pejus*, conducirá a la Corte a declarar la inexequibilidad de algunas de las palabras que lo componen -*a saber, la palabra “no” y la expresión “, excepto que el objeto de la apelación sea diferente*”-, a fin de que su texto, como proposición jurídica completa, quede así:

> “En el proceso disciplinario el investigado es sujeto procesal, pero aun existiendo pluralidad de disciplinados habrá lugar a la figura del apelante único.”

Cabe anotar que en esta nueva redacción no se perciben aspectos violatorios de la Constitución.

Artículo 117. *Recurso de queja.* El recurso de queja procede contra la decisión que rechaza el recurso de apelación.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº 009-047609 **(161-01660)**

RECURSO DE QUEJA - No procede cuando se ha interpuesto el recurso de apelación

En el presente caso, el Presidente de la Comisión Especial Investigadora, no concedió el recurso interpuesto con fundamento en el artículo 98 de la Ley 200 de 1995, en concordancia con el artículo 223 del NCDU.

La primera norma citada como fundamento de la negativa, del Procurador Comisionado establece: *"EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS. Las providencias quedarán ejecutoriadas cinco (5) días después de la última notificación, si contra ellas no procede o no se interpone recurso."*

La censura que hace el disciplinado LUIS EDUARDO RODRÍGUEZ, a la decisión de la Comisión Especial Investigadora de no conceder el recurso, está dirigida en su totalidad a controvertir la extemporaneidad en la presentación del recurso de apelación y a analizar varias normas del Código Disciplinario, que bajo su particular punto de vista disponen que el ente investigador debe poner a su disposición el expediente para que sea consultado, en el lugar donde se surte la notificación, como lo solicitó en el acto de notificación de la decisión sancionatoria.

En primer término cabe precisar al presente estudio que el acto administrativo a notificarse personalmente con fecha 9 de agosto de 2002, era el fallo de primera instancia y no el auto de cargos, por lo que se equivoca el recurrente al citar el artículo 152 de la Ley 200 de 1995, pues uno es el procedimiento para la presentación de descargos y otro para impugnar el fallo de primera instancia.

Efectivamente el artículo 152 ibídem, constituye norma especial para la presentación de los descargos, a que se refiere la cita realizada por el disciplinado, pero que en manera alguna tiene relación con la notificación del fallo de primera instancia por funcionario comisionado, como en el presente caso, para el cual el legislador establece en el artículo 90 de la Ley 200 de 1995, que:

"Si la notificación personal debe realizarse en sede diferente a la del funcionario competente, éste podrá remitir copia de la providencia al jefe de la oficina de la entidad disciplinaria o a la que este vinculado el disciplinado y, subsidiariamente, al Personero Municipal del lugar en que se encuentre el disciplinado o su apoderado, según el caso, para que la surta."

Como se observa el legislador faculta de un lado al operador disciplinario para surtir la notificación a través de comisionado, **con la copia de la providencia,** por ello pretender exigir que se ponga el expediente a disposición del disciplinado o su

apoderado en la sede del comisionado para presentar el recurso de apelación, constituye imponer al ente de control un requisito al que no esta obligada por ley, y que de ninguna manera se erige como causal para suspender o prorrogar el término perentorio de cinco (5) días –después de la última notificación - establecido en la ley, en este caso en particular en el artículo 97 la Ley 200 de 1995, en concordancia con los artículos 98 y 104 ibídem para interponer y sustentar el recurso de apelación.

Es así como, la manifestación consignada en la notificación personal realizada el 9 de agosto de 2002 (fl. 132 Cuaderno Copias), de ninguna manera puede constituir una causal de justificación para la extemporaneidad del recurso, y obviamente para la ejecutoria de la providencia, porque el artículo 98 es absolutamente claro al disponer que *"Las providencias quedarán ejecutoriadas cinco (5) días después de la última notificación, si contra ellas (...) no se interpone recurso"*

Corrobora lo anteriormente expuesto la Sentencia T-431 del 10 de junio de 1999, en el que el Magistrado Ponente, Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, dijo:

"*RECURSO DE APELACIÓN - Oportunidad de interposición y presentación ante autoridad competente. El recurso de apelación debe cumplir con unos requerimientos esenciales para su viabilidad, a saber: la oportunidad de su interposición. Los términos señalados para la realización de actuaciones judiciales o administrativas pretenden darle seguridad jurídica a las partes, y garantía de sus derechos procesales, de tal manera, que los recursos deban ser interpuestos dentro de los límites precisos señalados por la ley, pues de lo contrario deberán ser negados por extemporáneos. Se exige igualmente, la presentación ante la autoridad competente que los resolverá y proseguirá el trámite correspondiente. De no ser así, no tendrían justificación alguna las exigencias formales y la estructura jerárquica de las autoridades judiciales o administrativas. Por ello, los recursos de reposición y apelación, deben ser elevados ante la misma autoridad que profirió la decisión que se controvierte, de tal suerte, que el recurso de reposición, se resuelve por esa misma autoridad, y el de apelación, se interpone ante la autoridad que dictó la providencia controvertida, la cual decidirá si lo concede o no. Si su decisión fuere positiva, el proceso del cual venía conociendo se enviará a su inmediato superior jerárquico para que éste lo resuelva."*

Tampoco encuentran asidero probatorio, los argumentos de defensa del disciplinado, referidos a que se violó el principio de imparcialidad por el cual los investigados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir, por los medios legales las decisiones adoptadas, toda vez que, revisado por esta Sala Disciplinaria, el acervo probatorio se observa que para la presentación de sus descargos, solicitó copias de la actuación, aportó pruebas e indicó se le practicaran otras a lo cual accedió el operador disciplinario de primera instancia, en auto del 18 de septiembre de 2001 (fl. 161 Cuaderno No. 1), máxime cuando el expediente permaneció durante el término de ejecutoria de la providencia en la Secretaria de la Comisión Investigadora Especial, y por ello no le es dable argumentar que se le impidió de manera flagrante conocer y consultar las pruebas, para sustentar en debida forma su recurso dentro del término legal que establece la ley.

La ausencia de pronunciamiento del A quo en la decisión que niega la concesión del recurso, respecto o lo manifestado por el disciplinado en el acto de notificación para que se le remitiera el expediente, no tiene incidencia alguna en la realidad procesal, porque el operador disciplinario esta obligado a lo que establece la ley pues ella es perentoria en la consagración de los términos para la ejecutoria de los recursos, y tal disposición es de orden público y de obligatorio cumplimiento para el operador disciplinario.

En el evento sub examine, resulta diáfano que el recurso de queja no es procedente y debe ser denegado, por cuanto el recurso de apelación fue presentado fuera de término establecido por el artículo 97, cuando ya había quedado debidamente ejecutoriado, como que, el fallo sancionatorio de primera instancia le fue notificado personalmente al disciplinado el 9 de agosto de 2002 (fl. 6 Cuaderno No. 2) venciéndose el término para interponer el respectivo recurso el día 16 del mismo mes y año.

No obstante sólo hasta el día 18 de septiembre de 2002, esto es, 20 días después de vencido el término referido, el disciplinado presenta y sustenta el respectivo recurso, circunstancias estas, tenidas en cuenta por el operador disciplinario de primer grado para negar el recurso de apelación, y que hacen inviable que esta instancia conceda el recurso de queja.

Artículo 118. ***Trámite del recurso de queja.*** Dentro del término de ejecutoria de la decisión que niega el recurso de apelación, se podrá interponer y sustentar el recurso de queja. Si no se hiciere oportunamente, se rechazará.

Dentro de los dos días siguientes al vencimiento del término anterior, el funcionario competente enviará al superior funcional las copias pertinentes, para que decida el recurso.

El costo de las copias estará a cargo del impugnante.

Si quien conoce del recurso de queja necesitare copia de otras actuaciones procesales, ordenará al competente que las remita a la mayor brevedad posible. Si decide que el recurso debe concederse, lo hará en el efecto que corresponde.

Artículo 119. ***Ejecutoria de las decisiones.*** Las decisiones disciplinarias contra las que proceden recursos quedarán en firme tres días después de la última notificación. Las que se dicten en audiencia o diligencia, al finalizar ésta o la sesión donde se haya tomado la decisión, si no fueren impugnadas.

Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, así como aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, quedarán en firme el día que sean suscritas por el funcionario competente.

Jurisprudencia: Inciso 2° declarado EXEQUIBLE en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional "siempre y cuando se entienda que los efectos jurídicos se surten a partir de la notificación de las providencias."

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Ejecutoriedad de providencias y notificación de las decisiones

RECURSOS DE APELACIÓN Y QUEJA - Efectos jurídicos de las decisiones operan a partir de la notificación

a) Cargos de la demanda

El ciudadano ISAZA SERRANO sostiene que los preceptos en tela de juicio violan el artículo 209 de la Constitución Política, porque no garantizan el principio de publicidad a que tienen derecho los disciplinados, ya que al consagrar que las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja y aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, quedan en firme el día en que sean suscritas por el funcionario competente se permite la ejecución de una decisión a espaldas de los funcionarios procesados.

b) Problema jurídico

El problema jurídico planteado, se circunscribe a resolver el siguiente interrogante ¿Vulnera el principio de publicidad de la función pública que las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja y aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, queden en firme el día en que sean suscritas por el funcionario competente?

(…)

e) Consideraciones de la Corte.

A pesar de que el actor demandó conjuntamente el inciso segundo del art. 119 de la Ley 734 de 2002 y la expresión *sin perjuicio de su ejecutoria inmediata*, que figura en el art. 206 de la misma ley, estima la Corte que es necesario realizar un análisis individual de cada disposición debido a que mientras que la primera se ubica en el régimen

procesal disciplinario ordinario; la segunda, por el contrario, se localiza en el régimen de los funcionarios de la rama judicial.

1. Examen de constitucionalidad del inciso segundo del art. 119 de la Ley 734 de 2002.

Encuentra la Corte importantes semejanzas entre la disposición demandada y la expresión *quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente*, que aparece recogida en el art. 187 de la Ley 600 de 2000, disposición que fue objeto de pronunciamiento en el fallo C-641/02. En efecto, a pesar de que en el primer caso se trata de un asunto disciplinario y en el segundo se está en presencia de uno de carácter penal, el contenido normativo es el mismo: se trata de una providencia mediante la cual se resuelve un recurso de apelación o de queja, la cual queda ejecutoriada el día que es suscrita por el funcionario competente y no al momento de ser notificada. De tal suerte que, en el presente caso, resultan aplicables las consideraciones expresadas por esta Corte en su sentencia C-641/02:

> *"Por otra parte, en tratándose de las providencias que deciden los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, aparentemente no sería necesario notificar su contenido, pues estas decisiones, si bien pueden tener una incidencia importante en el desenvolviendo del proceso, no es evidente que la sociedad requiera conocer su contenido, ni que deban ser comunicadas a los sujetos procesales para efectos de su cumplimiento. Con todo, también en este caso, la Corte considera que es necesario retirar del ordenamiento jurídico la interpretación que excluye de notificación a esas providencias, por las siguientes razones:*
>
> *"El principio de publicidad es la regla general que gobierna las actuaciones judiciales, por lo que toda excepción a este principio debe operar de forma restrictiva y estar plenamente justificada a partir de los fines y valores previstos en la Carta Política y en las disposiciones emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos. De ahí que, aplicando el principio de favorabilidad en la interpretación del alcance del principio de publicidad, resulta que, en caso de duda entre dos o más interpretaciones razonables de una misma disposición procesal, el operador deba preferir aquella que favorezca la publicidad del proceso*[349]*.*

---

349 En relación con la alternatividad de interpretaciones a un texto legal y la adopción de aquella resulte más favorable a las previsiones de la Carta Fundamental, esta Corporación ha sostenido que*: " (...) Es posible que una norma legal pueda ser interpretada de diversas maneras y que cada una de tales interpretaciones, individualmente consideradas, no viole la Constitución. Esto significa que si cada una de esas interpretaciones fuera una proposición jurídica encarnada en una disposición legal autónoma, ellas podrías ser todas constitucionales. Pero, en ciertas oportunidades, cuando esas interpretaciones jurídicas no son disposiciones autónomas sino alternativas sobre el sentido de una disposición legal, la escogencia entre las diversas hermenéuticas posibles deja de ser un asunto meramente legal y adquiere relevancia constitucional, porque afecta principios y valores contenidos en la Carta (...). La propia Carta ha*

Y más adelante señaló lo siguiente:

> *"Del mismo modo, el principio de publicidad en las actuaciones judiciales implica que sus excepciones deben operar de manera restrictiva, pues de no ser así se correría el riesgo de convertir la excepción en una regla. Por esta razón, si la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos establecen que el principio de publicidad sólo admite excepciones razonables y justificables a partir de una ponderación de fines y valores constitucionales, no puede interpretarse la disposición acusada en el sentido de entender que ella permite a las autoridades judiciales sustraerse del deber de notificar dichas providencias, puesto que ello conduce a convertir la excepción en regla general*[350]*.*

De tal suerte que, a juicio de la Corte, en materia disciplinaria se aplica también la regla según la cual las decisiones de segunda instancia mediante las cuales se resuelven los recursos de apelación y queja quedan ejecutoriadas no con la simple suscripción de la misma sino con su notificación.

La Corte considera que, al igual que lo precisó en su sentencia C-641/02, por razones de seguridad jurídica y por su importancia práctica, haciendo uso de la facultad de establecer los efectos de sus sentencias[351], expresamente establece que sólo a partir de la publicación y comunicación de este fallo, se entiende que los efectos jurídicos de las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, operan a partir de la notificación y no de su mera ejecutoria.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-00735 (154-24907)**

---

establecido reglas de preferencia para escoger entre interpretaciones alternativas de una norma legal. Así sucede, por ejemplo, en materia laboral, puesto que el artículo 52 de la Constitución señala que, en caso de duda sobre el sentido de las fuentes formales del derecho, se deberá escoger aquella interpretación que sea más favorable al trabajador. Igualmente, en materia penal, la Carta señala que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (C.P. art. 29). Por todo lo anterior, debe entonces la Corte excluir las interpretaciones de disposiciones legales que sean manifiestamente irrazonables o que no respeten el principio de favorabilidad, por cuanto la atribución de un sentido irrazonable a un texto legal o la adopción hermenéutica por el sentido desfavorable al capturado o al trabajador violan claros mandatos constitucionales (...)". (Sentencia C-496 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

350 Corte Constitucional, sentencia del 13 de agosto de 2002. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 187 (parcial) de la Ley 600 de 2000. C-641/02. Actor: Jorge Afanador Sánchez. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

351 Sentencia C-113 de 1993.

EJECUTORIA DE LAS DECISIONES - Tránsito de legislación / **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA**

1.- Tal como se indicó en los antecedentes de esta providencia y se señala por los peticionarios, el 27 de febrero de 2003 la Sala Disciplinaria dictó fallo de segunda instancia dentro de proceso identificado bajo las radicaciones 154-24907 y 161-00735, en el cual, entre otras determinaciones, decidió confirmar las sanciones impuestas en primera instancia a los señores SAMUEL SANTANDER LANAO ROBLES y EDGAR QUINTERO LÓPEZ.

Los cargos en ese proceso fueron formulados mediante auto del 1 de mazo de 2000, esto es bajo la vigencia de la Ley 200 de 1995. Por esa circunstancia, de acuerdo con el art. 223 de la Ley 734 de 2002, ese proceso debía continuar su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la mencionada Ley 200.

2.- Por virtud de lo anterior, la norma aplicable a la firmeza y ejecutoria del fallo de segundo grado dictado en este proceso por la Sala Disciplinaria el 27 de febrero de 2003, se regía por el inciso segundo del art. 98 de la Ley 200 de 1995 titulado "Ejecutoria de las providencias", conforme al cual "Las providencias que decidan los recursos de apelación (...) quedarán en firme el día en que sean suscritos (sic) por el funcionario correspondiente (...)".

Esta materia se regula con una norma de semejante tenor y alcance prevista en el inciso segundo del art. 119 de la Ley 734 de 2002, bajo la denominación de "Ejecutoria de las decisiones", cuyo texto establece que "Las decisiones que resuelvan los recursos de apelación (...) quedarán en firme el día en que sean suscritas por el funcionario competente."

De acuerdo con las disposiciones anteriores, el mencionado fallo de esta Sala mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por los disciplinados, quedó en firme y cobró ejecutoria el día en que fue suscrito, es decir, el 27 de febrero de 2003.

3.- El argumento de los peticionarios consiste en invocar a favor de sus mandantes la aplicación de la sentencia C-1076 de 2002, emanada de la Honorable Corte Constitucional el 5 de diciembre de 2002, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, mediante la cual se resolvió "Declarar la EXEQUIBILIDAD del inciso segundo del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, siempre y cuando se entienda que los efectos jurídicos se surten a partir de la notificación de las providencias."

Sería pertinente para la Sala estudiar el alcance de la decisión de la Corte frente a la presente situación, así como los argumentos de los peticionarios en torno a la misma, si no encontrara que en el aparte correspondiente de las consideraciones hechas por ese fallador constitucional en punto al examen del referido artículo 119 de la Ley 734, se toma la siguiente determinación:

> La Corte considera que, al igual que lo precisó en su sentencia C-641 de 2002, por razones de seguridad jurídica y por su importancia práctica, haciendo uso de la facultad de establecer los efectos de sus sentencias, expresamente establece que **sólo a partir de la publicación y comunicación de este fallo**, se entiende que los efectos jurídicos de las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja, operan a partir de la notificación y no de su mera ejecutoria. (Negrilla fuera de texto)

4.- De acuerdo con la anterior definición de la Corte Constitucional y en lo que interesa al presente caso, la Sala observa que la firmeza y ejecutoria de los fallos de segunda instancia emitidos con anterioridad a la publicación y comunicación de la sentencia C-1076 de 2002, se rigen por lo claramente dispuesto en las normas de los arts. 98 de la Ley 200 de 1995 y 119 de la Ley 734 de 2002, según corresponda, en el sentido de quedar en firme y ejecutoriados el día de su suscripción por el funcionario competente.

De otra parte, dado que la sentencia de constitucionalidad mencionada fue notificada por edicto fijado el 5 de marzo y desfijado el 7 de marzo de 2003, no resulta aplicable al fallo de la Sala Disciplinaria proferido el 27 de febrero del mismo año, el cual en consecuencia quedó en firme y ejecutoriado en esta última fecha.

Así las cosas, no es jurídicamente procedente acceder a la solicitud de declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria y de inaplicación de las sanciones impuestas a los señores SAMUEL SANTANDER LANAO ROBLES y EDGAR QUINTERO LÓPEZ, presentada por sus apoderados.

Artículo 120. ***Desistimiento de los recursos.*** Quien hubiere interpuesto un recurso podrá desistir del mismo antes de que el funcionario competente lo decida.

Artículo 121. ***Corrección, aclaración y adición de los fallos.*** En los casos de error aritmético, o en el nombre o identidad del investigado, de la entidad o fuerza donde labora o laboraba, o en la denominación del cargo o función que ocupa u ocupaba, o de omisión sustancial en la parte resolutiva del fallo, éste debe ser corregido, aclarado o adicionado, según el caso, de oficio o a petición de parte, por el mismo funcionario que lo profirió.

El fallo corregido, aclarado, o adicionado, será notificado conforme a lo previsto en este código.

Artículo 122. ***Procedencia.*** Los fallos sancionatorios podrán ser revocados de oficio o a petición del sancionado, por el Procurador General de la Nación o por quien los profirió.

Jurisprudencia: El artículo 111 de la Ley 200 de 1995 establecía:

"Artículo 111. Causales de revocación. Los fallos disciplinarios serán revocables en los siguientes casos: (...)"

La expresión subrayada fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-892/99**.

REVOCATORIA DIRECTA DE FALLOS DISCIPLINARIOS

DERECHO DE DEFENSA EN PROCESO DISCIPLINARIO

4.4. Artículo 111 del Código Disciplinario Único.

Aduce el demandante, que la disposición acusada, consagra la figura de la revocatoria directa, únicamente respecto de los fallos disciplinarios y, en los eventos establecidos en los dos numerales que contempla la norma, esto es, "cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley" y "Cuando con ellos se vulneren o amenacen, manifiestamente los derechos fundamentales del sancionado".

Esta Corporación en reiteradas oportunidades se ha referido a la figura de la revocatoria directa, entre otras en sentencias T-230 de 1993, T-347 de 1994 y C-095 de 1998.

Ahora bien, la disposición materia de examen constitucional, forma parte del capítulo sexto del Código Disciplinario Único, que hace referencia a la revocatoria directa de los fallos disciplinarios, y la cual es del siguiente tenor literal: "ARTICULO 111. CAUSALES DE REVOCACION. Los fallos disciplinarios serán revocables en los siguientes casos:

"1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
"2. Cuando con ellos se vulneren o amenacen manifiestamente los derechos fundamentales del sancionado".

La censura de la cual es objeto esta disposición legal, se circunscribe a su inciso primero, el cual, establece la procedencia de esta figura de la revocatoria directa, únicamente respecto de los fallos disciplinarios, quedando, a juicio del actor, las demás providencias interlocutorias que se profieran en el curso del proceso disciplinario, sin la posibilidad de este recurso.

Como se ha señalado en esta providencia, todas las actuaciones que se adelanten dentro del proceso disciplinario, deben enmarcarse plenamente, dentro de los principios que integran el derecho fundamental al debido proceso, de manera, que las normas que integran el proceso disciplinario, no pueden desconocer los principios de publicidad, contradicción, defensa, legalidad e imparcialidad.

En este orden de ideas, se constituye como elemento medular que garantiza el referido derecho fundamental del debido proceso, durante el trámite de la actuación disciplinaria, la facultad del servidor público investigado, de controvertir las decisiones que se adopten durante el trámite del proceso y, entre ellas especialmente, los fallos disciplinarios.

De conformidad con lo que preceptúa el artículo 111 de la Ley 200 de 1995, la revocación directa, sólo procede contra los **fallos**, y puede ser decretada de oficio o a petición de parte, según lo dispone el artículo 112 ibídem. Así pues, cuando es ejercida por el investigado, se constituye en un verdadero recurso "extraordinario" a fin de que se le garanticen la constitucionalidad y legalidad de los fallos emitidos por los organismos de control, cuando resulten contrarios a la Constitución o a la ley o, cuando con ellos se le vulneren sus derechos fundamentales. Pero, a su vez, cuando dicha figura, es ejercida por el organismo de control, en el evento de configurarse alguna de las causales que señala la norma demandada, se presenta como un mecanismo unilateral de la administración, que le permite retirar del tránsito jurídico sus propios actos, cuando estos violen la Constitución Política o, con ellos se vulneren derechos fundamentales del investigado.

Tenemos entonces, que la revocatoria directa, se instituye en el estatuto disciplinario, como un "mecanismo" de impugnación de los actos administrativos, reconocido por el legislador, el cual, como se dijo, goza de discrecionalidad para regular las providencias susceptibles de ser impugnadas y cuáles los recursos procedentes para el efecto.

Por lo tanto, los argumentos esgrimidos al analizar la constitucionalidad de los artículos 99 y 102 del Código Disciplinario Único, son válidos respecto del artículo 111 ejusdem, que ahora se estudia. Pero además, considera esta Corporación, que el legislador en aras de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa en los procesos disciplinarios, consagró varios medios de impugnación, como ya ha quedado claro en esta sentencia. Ello es así, por cuanto el investigado, cuenta con los recursos de reposición y apelación, con las nulidades procesales y, además, con la revocatoria directa, los cuales, aseguran y garantizan el derecho de defensa del investigado, durante el proceso disciplinario.

De manera que, no es aceptable el cargo formulado por el demandante, contra el artículo 111 del Código Disciplinario Único.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-00827 (154-33520/99)**

REVOCATORIA DIRECTA - Procede únicamente contra fallos sancionatorios / **REVOCATORIA DIRECTA** - No procede contra los autos que decretan nulidad y los fallos absolutorios

Para delimitar la discusión en torno a la procedibilidad de la revocatoria directa es necesario precisar que el primer pliego de cargos en el presente proceso disciplinario fue formulado el 24 de enero de 2000 y el segundo, el 29 de junio de 2001. Este último auto de cargos fue dictado por la Asesoras del señor Procurador General de la Nación, en ejercicio de la competencia otorgada mediante la asignación producida por ese Despacho a través de auto del 26 de octubre de 1999. Aunque tales funcionarias aparentemente agotaron la delegación correspondiente al formular el primer pliego, ello en realidad no es así en cuanto se decretó su nulidad por la sala Disciplinaria, retrotrayendo en esa forma la competencia al momento anterior a ese primer pliego.

En estas condiciones conforme al art. 223 de la Ley 734 de 2002, este asunto debe tramitarse de acuerdo con el procedimiento establecido por la Ley 200 de 1995, en cuanto esa norma dispuso que "Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior."

Teniendo en cuenta lo anterior, observa la Sala que la presente petición de revocatoria debe regirse por las normas contenidas en el capítulo VI Título V Libro III de la Ley 200 de 1995. De acuerdo con las disposiciones de esta ley esa medida procede solamente frente a los fallos disciplinarios, esto es, las providencias que deciden el objeto del proceso, previo el agotamiento del trámite de la instancia (arts. 91 y 111 a 114). Observa la Sala igualmente, que tal regulación limita la procedencia de la revocación a los fallos de carácter sancionatorio, lo cual se desprende claramente de los arts. 111, 112 y 113, en cuanto los mismos siempre se refieren al sancionado.

Sobre este punto observa la Sala que el Legislador colombiano ha continuado en esa línea al expedir el nuevo Código Disciplinario, regulando de modo expreso y determinante la materia. En efecto, el art. 122 de la Ley 734 de 202, primera norma del capítulo dedicado a la figura, previó el tema pues bajo el título de *procedencia* indicó que "Los fallos sancionatorios podrán ser revocados de oficio a petición del sancionado, por el Procurador General de la Nación o por quien los profirió." Esta referencia a los fallos sancionatorios continúa haciéndose a lo largo de la regulación de tal capítulo.

En consideración de la Sala, es lógico y natural que ese recurso extraordinario en sede administrativa que es la revocatoria directa, solamente proceda frente a los fallos sancionatorios, pues no tiene sentido que el mismo pueda ejercerse ante un fallo absolutorio por carencia de interés para recurrir.

La revocatoria directa a solicitud de parte constituye un recurso extraordinario que tiene por fin revisar una decisión administrativa en firme, frente a la cual o no se han ejercido los recursos de la vía gubernativa o los mismos no procedían. Por ello ha dicho la doctrina que esta figura constituye "una excepción al principio de inmutabilidad de los actos o a la autoridad de 'cosa decidida' de que ellos están investidos" (Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho Administrativo General y Colombiano,* Bogotá, Edit. Temis, 2001, pág. 242). Esta apreciación fundamenta también la exclusión de la revocatoria directa frente a providencias distintas de los fallos sancionatorios y para el caso que se examina respecto de un auto que no tiene ese alcance y forma parte de la actividad procesal en curso, pendiente aún del fallo respectivo.

Conforme a lo dicho la revocatoria directa no procede ni de oficio ni a petición de parte frente a una providencia mediante la cual se decreta una nulidad, como ocurre en el presente evento; razón por la cual la solicitud del disciplinado no puede ser estudiada por esta vía de control de legalidad.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala debe rechazar la petición de revocatoria directa por improcedente y mantener incólume el mencionado auto del 8 de junio de 2001, mediante el cual esta corporación decretó la nulidad de lo actuado a partir del pliego de cargos, por cuanto ese recurso cabe únicamente contra los fallos sancionatorios, lo cual se decidirá en la parte resolutiva de esta providencia. Como consecuencia de ello, no resulta viable jurídicamente estudiar la sustentación expuesta por el Doctor SAMUEL TRUJILLO ARISTIZABAL en la mencionada solicitud.

Artículo 123. ***Competencia.*** Los fallos sancionatorios podrán ser revocados por el funcionario que los hubiere proferido o por su superior funcional.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **161-01780 (041-008433/88)**

REVOCATORIA DIRECTA - Potestad de revisar y volver a decidir / **PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS** - Violación

La revocatoria directa no hace parte de la vía gubernativa, ni es un recurso administrativo ordinario, es una prerrogativa de control de la misma administración sobre sus actos, que se traduce en la potestad de revisar y volver a decidir sobre asuntos respecto de los cuales ha adoptado una decisión, con miras a enmendar, en forma directa o a petición de parte, sus actuaciones lesivas de la constitucionalidad o legalidad que deben amparar el acto que profiere, o vulneratorias de los derechos fundamentales, asegurando la legalidad y la prevalencia del interés público o social, potestad que comporta también la obligación de proceder a revocar los actos

oficiosamente cuando se constate la ocurrencia de una de las causales previstas en la ley.

(...)

En el presente caso la Procuraduría Departamental de Cundinamarca profirió decisión de primera instancia el 4 de junio de 1990, sancionando al señor Moisés Carreño Monroy, en su calidad de Alcalde de Melgar, con multa equivalente a cinco (5) días del salario que devengaba para la época de los hechos (fls. 26 a 29), el disciplinado interpuso recurso de apelación, el cual se desató por la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa, el 25 de octubre de 1991, modificando la decisión, imponiendo al recurrente la sanción de solicitud de destitución en el ejercicio del cargo. (fls. 30 a 35)

Encontrándose el fallador de segunda instancia ante un apelante único y ya vigente la Constitución Política de Colombia de 1991, no podía agravar la pena impuesta, en consecuencia al haberlo hecho desconoció el derecho fundamental de aplicación inmediata consagrado en el inciso segundo del artículo 31, por lo tanto, se configuran los presupuestos para revocar de oficio la providencia de segunda instancia proferida en la investigación de la referencia, a la luz de los artículos 111 de la Ley 200 de 1995 y 124 de la Ley 734 del 2002.

Según la trascripción del pliego de cargos consignada en las providencias de instancia, los hechos objeto de reproche disciplinario ocurrieron entre el 3 y 8 de septiembre de 1988 y fueron valorados bajo el régimen disciplinario regulado en la Ley 25 de 1974, la cual en su artículo 12 disponía que la acción disciplinaria prescribía en cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, de donde se deduce que se encuentra prescrita la acción disciplinaria, debiendo proceder a efectuar dicha declaración, con el consecuente archivo definitivo de la actuación.

Es de advertir que conforme lo disponen los artículos 114 de la ley 200 de 1995 y 127 de la Ley 734 de 2002, ni la petición de revocatoria ni la decisión que sobre ella se adopte revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contenciosas, ni dan lugar a la interposición de recursos ni a la aplicación del silencio administrativo.

Parágrafo. El Procurador General de la Nación podrá revocar de oficio los fallos sancionatorios expedidos por cualquier funcionario de la Procuraduría, o asumir directamente el conocimiento de la petición de revocatoria, cuando lo considere necesario, caso en el cual proferirá el fallo sustitutivo correspondiente.

Doctrina: Procuraduria Auxiliar para Asuntos Disciplinarios. Radicación Nº **162-59611**.

REVOCATORIA DIRECTA - Agotamiento de la vía gubernativa

AUTO DE CARGOS - Tipificación de la falta

COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO DE MAYOR JERARQUÍA - Pérdida si desaparece la implicación que involucra al servidor público

COMPETENCIA - Rompimiento de la conexidad

ACUMULACIÓN - Remisión de indagación preliminar a investigación disciplinaria

PRUEBAS - Libertad del operador jurídico para valorarlas

REVOCATORIA DIRECTA - No es una oportunidad para el debate probatorio

PRUEBAS - Error en el juicio valorativo

Esa circunstancia del agotamiento de la vía gubernativa configuraría causal de improcedencia del recurso extraordinario de revocación conforme lo establecido en el artículo 125 de la Ley 734 de 2002. Sin embargo, como ya se advirtió, el parágrafo del artículo 123 ibídem, faculta al Procurador General de la Nación para que de manera oficiosa revise y estudie los fallos sancionatorios expedidos por cualquier funcionario de la Procuraduría, sin hacer distinción alguna de la instancia en que han sido proferidos.

No obstante, revisado el expediente, no se advierte que exista mérito para oficiosamente revocar el proceso, porque no existió desconocimiento de norma constitucional o legal alguna, ni de los aspectos sustanciales del debido proceso y de la garantía del derecho fundamental de defensa, ni de los principios rectores de la ley disciplinaria. Veamos:

El proceso se rituó con las formalidades legales vigentes, esto es, las contempladas en la Ley 200 de 1995.

"…Para no desatender, de plano, la petición elevada por el sancionado a través de apoderado, la que en parte se encuentra resuelta dentro del proceso disciplinario, pues similares planteamientos fueron analizados por las dos instancias, el Despacho hace las siguientes precisiones:

El auto de cargos proferido por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública reunió los requisitos formales establecidos en el artículo 92 de la Ley 200 de 1995.

En efecto, observando lo que se cuestiona, respecto de dicha pieza procesal, es evidente que los hechos fueron puntualizados de tal forma que existió una determinación objetiva, real y concreta de los mismos, que permitieron tipificar la falta, de tal manera que el investigado tuvo la certeza plena del comportamiento materia de cuestionamiento, tanto así que dirigió su defensa en tal sentido. El padre BERNARDO HOYOS a través de su apoderado, comprendió que la conducta reprochada consistió en que con los diferentes actos realizados, pudo haber incurrido en la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política y numeral 14, del artículo 41 de la Ley 200 de 1995, por haber podido influir en el venidero proceso electoral, al apoyar y promover la candidatura de GUILLERMO HOENIGSBERG, entre los meses de noviembre de 1999 y septiembre de 2000, en la ciudad de Barranquilla.

El auto de cargos no se puede mirar aisladamente, sino tomado en un todo, en forma integral. Por lo tanto, de la simple lectura del mismo se infiere, que a más de señalarse en qué consistió el comportamiento reprochado, fue debidamente tipificado encuadrándolo en las normas presuntamente quebrantadas, sobre la probabilidad de la falta en que se incurrió.

La descripción de la conducta al parecer violatoria del derecho, del deber o la prohibición, no se enmarcó de manera genérica, imprecisa ni ambigua, porque claro es que se entendió por la defensa con una interpretación clara, sin dudas, incertidumbres ni confusión, porque contiene una descripción adecuada de la conducta, en la que se comprenden todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló, concretando con toda claridad los elementos específicos que la integran.

En lo que atañe a la existencia de una indagación preliminar que fue calificada mediante proveído de 17 de agosto de 2000, en el que se dispuso compulsar copias para investigar la presunta intervención en política de algunos servidores públicos de la Alcaldía de Barranquilla, es de advertir, que bajo el radicado número 001-40131/2000, se dispuso indagación preliminar con fundamento en el escrito presentado por el doctor NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, *"para determinar si los hechos allí descritos configuran falta disciplinaria atribuible a éste"* (f 8, cuaderno original 1). Es decir, la misma se dirigió a verificar si el entonces Ministro del Interior, con su conducta, se encontraba incurso en falta disciplinaria.

Realizadas las diligencias y agotada la etapa procesal correspondiente, dentro de la que fue oído en versión libre el Padre BERNARDO HOYOS MONTOYA, haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 140 de la Ley 200 de 1995, según la cual el investigador puede oír en versión libre para los fines de la indagación preliminar a quienes considere pueden dar claridad sobre los mismos, pero que es posible resulten involucrados, respetando así el legitimo ejercicio del derecho de defensa como posible investigado; el Despacho evaluó las diligencias y concluyó en el archivo a favor del doctor NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, ordenando compulsar copias para el competente, de acuerdo con los posibles servidores públicos, al parecer comprometidos, para que éste tomará la decisión correspondiente.

Aquí, debe precisarse que, la expedición de copias se ordenó porque, al calificarse el mérito de la indagación preliminar no se encontró imputación alguna atribuible al Ministro del Interior, en cambio, sí, se evidenciaba la participación de funcionarios del orden distrital en la conducta supuestamente irregular.

Tal determinación fue jurídica, teniendo en cuenta que quien daba competencia, por fuero legal, a este Despacho, lo era el Ministro del Interior, doctor NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, calificada su conducta y establecido que no era constitutiva de falta disciplinaria, se rompió la unidad procesal, porque el servidor público cuyo rango permitía el conocimiento de este despacho desapareció dentro de la acción disciplinaria, razón por la que se agotó la competencia.

Téngase en cuenta, que el artículo 60 de la Ley 200 de 1995 establecía que, cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse comportamientos que sean conexos o que en su participación se involucren varios servidores públicos, conocerá de ellos el funcionario de mayor jerarquía. Luego la hipótesis que plantea la norma hace referencia a la existencia de situaciones unidas entre sí por algún vínculo común: si desaparece uno de esos supuestos, se rompe la conexidad, y no se da el supuesto que plantea la norma y por ende no obra el nexo de carácter normativo, consistente en que el funcionario siga conociendo del proceso.

En criterio de este despacho, si desaparece la implicación que involucra al servidor público de competencia del funcionario de mayor jerarquía, éste pierde potestad para seguir conociendo el proceso y la actuación debe ser enviada al juez natural.

Ahora, la conexidad se rompe con el pronunciamiento de una providencia ejecutoriada, en la que se establezca, como en el caso de autos, que la conducta del investigado, doctor NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, no constituye falta disciplinaria (f64, cuaderno original 3); en este caso, corresponde al funcionario competente para investigar a los servidores del nivel distrital o municipal, asumir el conocimiento de las mismas, como claramente se dispuso en el auto de 17 de agosto de 2000 (f 64, cuaderno original 3).

Con tal proceder, no es predicable desconocimiento del debido proceso ni vulneración del principio de cosa juzgada, porque en favor del padre BERNARDO HOYOS MONTOYA no existía decisión alguna por los hechos que fueron materia de juzgamiento y que hoy ocupan a este despacho. La calificación del mérito de la indagación preliminar dentro del proceso radicado bajo el número 001-40131/2000, recalcó directamente sobre la conducta del doctor NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, si bien sobre los mismos hechos por los que igualmente fue investigado el padre HOYOS MONTOYA, no puede ser predicable que le favorece la decisión de archivo, que, de un lado, no lo cobijó y, de otro, se ordenó compulsar copias al competente para que asumiera su conocimiento.

Menos, es predicable la violación del principio de inocencia, porque este se mantuvo incólume hasta cuando se profirieron las decisión de primera y segunda instancia, en las que previa valoración del acervo probatorio se llegó a la convicción de la responsabilidad del investigado, previo haber sido oído en el curso del proceso, dentro del que tuvo oportunidad de exponer sus propias razones, dar su versión de los hechos, esgrimir las pruebas que lo favorecían y controvertir aquellas que obraban en su contra.

El derecho a la igualdad, citado como desconocido por el ente de control, bajo la hipótesis planteada por el doctor MEJÍA OSSMAN, según la cual *"si en una actuación se investigan a dos (2) servidores por unos mismos hechos, el destino jurídico de uno (1) debe ser igualmente el del otro"* (sic, f 201, cuaderno original 4), carece de fundamento legal, porque es característica de la responsabilidad que solo puede atribuirse a título personal, y para deducirla a una determinada persona o servidor público, debe tenerse certeza de la individualización e identificación de la autoría. La situación jurídica probatoria que favorece a un investigado no necesariamente puede ser predicable de otro u otros, máxime cuando las circunstancias modales del hecho tienen variaciones sustanciales.

Se cuestiona, además, una indebida acumulación de actuaciones. En efecto, ordenada la investigación disciplinaria dentro del expediente radicado bajo el número 162-59611 (f 71, cuaderno original 3), se estableció que en la Procuraduría Regional del Atlántico cursaba indagación preliminar contra el padre HOYOS MONTOYA, por los mismos hechos, tal como se desprende del contenido del auto de 21 de septiembre de 2000 (f 106, cuaderno original 3), razón por la que el funcionario competente dispuso su remisión para ser tramitada bajo una misma cuerda procesal (f 86, cuaderno original 3).

Aquí, no puede predicarse violación de derechos procesales, porque la indagación preliminar procede en caso de duda sobre la procedencia de investigación disciplinaria, y ésta ya se había dispuesto, razón por la que se atentaría contra los principios de economía y celeridad procesal el continuar adelantando una indagación, sobre unos hechos, respecto de los que se encontraba establecida la existencia de una falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma, conforme las voces del artículo 144 del estatuto disciplinario vigente en la época, máxime cuando los hechos de una y otra, esto es, la investigación disciplinaria radicada bajo el número 162-59611, y la indagación preliminar número 071-13580, eran idénticos.

La acumulación que predica el apoderado del disciplinado, se da en el evento que contra una misma persona o servidor público se adelanten varias acciones por hechos diferentes; sin embargo, si se trata de los mismos puede darse un doble juzgamiento, lo cual se encuentra prohibido por el artículo 29 de la Constitución Política y 11 del Estatuto Disciplinario. Bajo este supuesto, el hecho de salvaguardar estos principios constitucionales y legales, impidiendo que al padre BERNARDO HOYOS MONTOYA, se le investigara más de una vez por un mismo comportamiento, no es constitutivo de irregularidad que lleve a predicar la existencia de un acto manifiestamente contrario a la Constitución o la Ley o que ha vulnerado derechos fundamentales del sancionado.

En cuanto a la valoración de las pruebas que correspondió a los falladores de primera y segunda instancia para adoptar la decisión materia de cuestionamiento, advierte el Despacho que la valoración de los elementos fácticos y jurídicos que conforman el proceso, son objeto de libertad del operador jurídico al momento de decidir, en salvaguarda de la autonomía funcional y de la cosa juzgada, incluso en contra del parecer de las partes o de otras autoridades, que pueden no estar de acuerdo con la decisión.

Lo trascendental en la interpretación y valoración de las pruebas, radica en sopesar el valor individual y de conjunto de todos los medios de prueba allegados al proceso, bajo las reglas de la sana crítica, puntualizando la conclusión jurídica que los mismos imponen, bajo la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables.

La institución de la revocación directa no es una instancia más y menos la oportunidad para hacer un nuevo debate probatorio, bajo la diferencia de perspectiva en que se mira la apreciación de la prueba, lo contrario sería convertir el recurso extraordinario en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez natural de instancia.

El error en el juicio valorativo, para que pueda calificarse de contraevidente, debe ser de tal entidad que sea ampliamente ostensible, flagrante y manifiesto. En el presente caso, las decisiones de primera y segunda instancia fueron fruto de la valoración de las pruebas legalmente aportadas, tanto individualmente como en su conjunto, al igual, que fueron debatidos los diferentes planteamientos de la defensa, concretando en las decisiones el valor que se les asigna para tomar la decisión.

Según lo expuesto, concluye este despacho que el proceso disciplinario contra el padre BERNARDO HOYOS MONTOYA, se adelantó en el marco de la observancia de los requisitos constitucionales y legales y, además, no se vulneraron ni amenazaron derechos fundamentales del disciplinado.

Es de advertir, que conforme lo dispone el artículo 127 de la Ley 734 de 2002, ni la petición de revocatoria ni la decisión que sobre ella se adopte revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contenciosas, ni dan lugar a la interposición de recursos ni a la aplicación del silencio administrativo.

Artículo 124. ***Causal de revocación de los fallos sancionatorios.*** Los fallos sancionatorios son revocables sólo cuando infrinjan manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que deben fundarse. Igualmente cuando con ellos se vulneren o amenacen manifiestamente los derechos fundamentales.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Auto de 4 de abril de 2003. Radicación Nº **161-00662 (009-13930-98)**.

REVOCATORIA DIRECTA - Incongruencia entre el fallo y el auto de cargos / **CONGRUENCIA JURÍDICA** - Relatividad / **PLIEGO DE CARGOS** - Variación

Hay lugar a decretarla cuando se comprueba incongruencia entre el fallo y el auto de cargos.

"**1.-** De conformidad con lo previsto en los artículo 123 y 124 del Código Disciplinario Único –Ley 734/2002- (art. 111 ley 200/95), el funcionario que hubiere proferido un fallo, el superior funcional de éste o el Procurador General frente a las sanciones dictadas por cualquier funcionario de la entidad, pueden decretar oficiosamente su revocatoria directa total o parcial cuando se ha proferido en manifiesta oposición a la constitución política o a la ley, o cuando se han vulnerado de manera evidente los derechos fundamentales del sancionado.

Las garantías del debido proceso y del derecho de defensa contenidas en nuestra Carta Política como derechos fundamentales, no consisten solamente en la posibilidad de defensa o en la oportunidad de interponer recursos, sino que exige, además como lo expresa el artículo 29 de la carta, el ajuste a las normas preexistentes a la conducta que se imputa; la competencia de autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características, etc.

El principio de congruencia o consonancia entre el fallo y la acusación, constituye una de las garantías que orienta el debido proceso y el derecho de defensa y como tal impone que entre tales actos procesales deba existir una adecuada relación y correspondencia en sus tres aspectos básicos: personal, fáctico y jurídico. La **congruencia personal** alude a la conformidad que debe existir entre los sujetos a que se refiere la acusación y aquellos a que se contrae la sentencia. **La fáctica,** a la identidad entre los hechos, conductas y las circunstancias definidas en la acusación, y los que sirven de sustento al fallo. Y, **la jurídica,** a la correspondencia entre la calificación o juicio que de los hechos se hace frente a su regulación jurídica, que contiene la acusación y la que preside la sentencia.

Las dos primeras (congruencia personal y fáctica) son absolutas. Es decir que los sujetos y los supuestos fácticos de la sentencia deben ser necesariamente los mismos de la acusación. **La jurídica,** en cambio, es relativa, pues nuestra legislación en materia penal le permite al juez condenar por una especie delictiva distinta de la imputada en la acusación, siempre que pertenezca al mismo género y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor.

Para la Corte Suprema de Justicia, **la falta de congruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, es un error que afecta el debido proceso.** Pues, "La formulación de la acusación exige, de un extremo, la precisión de la conducta que será objeto del juicio, dicho en otros términos, la concreción de los hechos –imputación fáctica-, pero además, la calificación jurídica que los mismos concitan –imputación jurídica-, traducida en el señalamiento del tipo en el cual se subsume la conducta, con deducción de todas aquellas circunstancias que la especifican".

"Este postulado, entonces, implica que el fallo no puede recaer sobre hechos diferentes a los que fueron materia de la acusación, ni desconocer la calificación jurídica predicada en ellos. Podrá el juzgador a lo sumo, dado el carácter provisional de esta última, concretar definitivamente la adecuación típica del hecho punible, acomodando a la sentencia –si es del caso- la conducta a uno cualquiera de los tipos que integran el capítulo respectivo, pero sin trascender los límites o parámetros impuestos por el núcleo central de la acusación, como lo tiene bien definido la jurisprudencia (Cfr. sentencia de marzo 4 de 1997, radicado 9637). Dicho en otros términos, el pronunciamiento del juez debe versar sobre los cargos elevados en la acusación, absolviendo o condenando al encausado" (M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, radicación número 16.150).

Similar situación es predicable en el proceso disciplinario, por cuanto, conforme a las exigencias contenidas en el artículo 163 del C.D.U. (Ley 734 de 2002), de una parte, "la decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado debe contener: 1.- La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó. 2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta"; y de otra, el artículo 170 ibídem, describe que "El fallo debe ser motivado y contener: 2. Un resumen de los hechos. 4. El análisis y la valoración jurídica de los cargos,… 5. La fundamentación de la calificación jurídica". Y, aunque el pliego de cargos puede ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, **por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente,** resulta claro que tal situación no podrá transcender los límites o parámetros impuestos por el **núcleo central del auto de cargos,** al igual que en materia penal (art. 165 Ley 734/2002).

De manera que evidenciada una irregularidad de tal naturaleza en el proceso disciplinario administrativo, la consecuencia conduce a invalidar la actuación procesal por violación al debido proceso y al derecho de defensa, con fundamento en lo previsto en el artículo 143 numerales 2º y 3º del C.D.U. para retrotraer la actuación al estadio de la evaluación siempre que el asunto no haya hecho tránsito a cosa juzgada. En tratándose de actuaciones procesales cuyo fallo se encuentre en firme o ejecutoriado, resulta jurídicamente procedente decretar la revocatoria directa conforme a los parámetros establecidos en el Título V, Capítulo IV, artículos 122 y sucesivos del C.D.U. (L.734/2002) por constituir esa clase de irregularidad, manifiesta infracción de las normas constitucionales (art.29) y legales (art. 163 y 170 C.D.U.).

2.- En el evento objeto de estudio es evidente la falta de congruencia **fáctica y jurídica** existente entre el auto de cargos y los fallos de primera y segunda instancia proferidos en contra del ex gobernador del departamento del amazonas, en lo que respecta al **CARGO SEPTIMO,** porque en la sentencia se le imputó un hecho no descrito en el auto de cargos que condujo a calificarla de **gravísima** y en perjuicio del procesado.

En efecto, en el auto de cargos se le atribuyó responsabilidad al ex gobernador Félix Francisco Acosta Soto, entre otras, porque **"**omitió el trámite de la licitación pública consagrado en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, al suscribir directamente los contratos números 156 del 30 de diciembre y 160 del 31 de diciembre de 1997, con el señor Carlos Lyons Hoyos, para contratar el mismo objeto, por un valor de $50.500.000 y $48.500.000 respectivamente, desconociendo el principio de transparencia, responsabilidad y el deber de selección objetiva" y, se calificó como **GRAVE** al tenor de los numerales 1°, 4°, 5°, 6°, literal a del numeral 7° del artículo 27 de la ley 200 de 1995.

En el fallo de primera instancia, en torno al mismo cargo se dijo:

"…CARGO SEPTIMO: Se le reprocha la omisión en el trámite de la licitación pública consagrado en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, al suscribir directamente los contratos 156 del 30 de diciembre y 160 del 31 de diciembre de 1997, con Carlos Lyons Hoyos, para contratar el mismo objeto, por $50.500.000 y $48.500.000 respectivamente, desconociendo el principio de transparencia, responsabilidad y el deber de selección objetiva".

"Sin embargo en el presente caso es indudable que los pasos previos a la contratación en cuestión, se hicieron con el único propósito de eludir la exigencia de la licitación pública, violar el principio de transparencia y **favorecer patrimonialmente al contratista, todo en grave perjuicio a la comunidad que no recibió beneficio alguno con las obras contratadas**.

"…CALIFICACIÓN DE LA FALTA: vemos que en el auto de cargos se califica esta falta como GRAVISIMA con fundamento en el numeral 4° del artículo 25 de la ley 200 de 1994, pues permitió un incremento patrimonial a favor de un tercero, a quien escogió sin cumplir con los requisitos de los procesos de contratación ejecutando obras inconvenientes que hasta la fecha no le han reportado beneficio a la comunidad y por el contrario generándoles un problema ambiental, social y económico, calificación que se mantiene por esta Delegada**"** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo descrito en precedencia permite advertir que el fallo de primera instancia adicionó al citado cargo séptimo, un aspecto fáctico no contemplado en el pliego de cargos (resaltado en negrillas y subrayas), que a su vez se calificó como falta **gravísima** atendiendo precisamente a su naturaleza y así fue confirmada en el fallo de segunda instancia, porque pasó inadvertido dicho aspecto al no ser objeto de impugnación por parte de la defensa. De manera que es evidente la incongruencia entre el auto de cargos y el fallo, y por lo mismo, no puede desconocerse que se ha violado de manera manifiesta los derechos fundamentales del **debido proceso** y **derecho de defensa**

consagrados en el artículo 29 de la Carta Política y las normas legales que regulan el contenido del auto de cargos y la sentencia, consagrados en los artículos 163 y 170 del CDU, respectivamente, que imponen una adecuada correspondencia entre tales decisiones desde el punto de vista fáctico y jurídico. Por consiguiente, no queda alternativa distinta a la de decretar la revocatoria directa en forma parcial del mencionado fallo, en lo relativo al mencionado cargo conforme a los parámetros establecidos en los artículos 122 y sucesivos del C.D.U.

La declaratoria de la revocatoria directa conduce a dejar sin efectos total o parcialmente el acto administrativo violatorio de la constitución o de la ley. En tratándose de fallos sancionatorios de naturaleza disciplinaria y de conformidad con lo previsto en el artículo 123 del C.D.U., debe proferirse el fallo sustitutivo siempre que la revocatoria sea total, pero cuando la decisión afecta parcialmente el fallo, solamente deberán efectuarse las modificaciones o ajustes pertinentes".

Artículo 125. ***Revocatoria a solicitud del sancionado.*** El sancionado podrá solicitar la revocación total o parcial del fallo sancionatorio, siempre y cuando no hubiere interpuesto contra el mismo los recursos ordinarios previstos en este código.

Jurisprudencia: El inciso 1° del artículo 113 de la Ley 200 de 1995 establecía: "Artículo 113. Improcedencia. No procederá la revocación directa prevista en este Código, a petición de parte, cuando el sancionado haya ejercido cualquiera de los recursos ordinarios."

Dicho inciso fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-095/98**.

REVOCATORIA DIRECTA - Objeto

5. Examen de los cargos.

El punto central de la argumentación planteada en la demanda y en virtud de la cual se acusa por inconstitucionalidad el inciso 1o. del artículo 113 de la Ley 200 de 1995, por violación de los artículos 13 y 29 constitucionales, se contrae al señalamiento de la prohibición establecida en la preceptiva legal demandada, para revocar directamente el fallo disciplinario cuando el sancionado, con anterioridad, hubiese hecho uso de los recursos ordinarios, impidiendo al mismo demostrar su inconformidad respecto de la sanción que le haya sido impuesta, en clara contradicción con el artículo 71 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984), que admite la revocatoria directa en cualquier tiempo y sin prescripción alguna, consagrándose una discriminación entre los servidores públicos

destinatarios del Código Disciplinario Único y aquellos que se encuentran bajo el amparo del artículo 71 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984).

Adicionalmente, el accionante indica que la disposición acusada retomó el contenido normativo de una disposición ya juzgada constitucionalmente por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de junio de 1990, y declarada inexequible, lo que en su concepto supondría la viabilidad de la revocatoria directa a la par de los recursos ordinarios en beneficio de todos los servidores estatales, sin diferencia alguna.

En primer lugar, resulta pertinente reiterar la finalidad con la que fue expedida la Ley 200 de 1995, con el propósito de unificar el régimen disciplinario aplicable a todos los servidores públicos, excepto en los casos constitucionalmente determinados. De manera que, para efectos de la investigación y declaratoria de la responsabilidad disciplinaria de un servidor público, salvo dichas exclusiones, existe un procedimiento administrativo especial regulado por la Ley 200 de 1995, lo que imposibilita recurrir a otras disposiciones mediante interpretaciones análogas, aun cuando éstas traten temas similares, toda vez que pertenecen a regímenes jurídicos diversos.

No obstante, la categoría de especial que presenta esa normatividad hace que en lo no previsto se recurra a las normas generales contenciosas administrativas, en la medida en que el proceso disciplinario es de naturaleza administrativa, y según lo autoriza el artículo 10., inciso 2o., del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984.). De lo anterior, se obtiene que los presupuestos genéricos que caracterizan los recursos ordinarios gubernativos y la revocatoria directa contra las decisiones de las autoridades administrativas, resultan aplicables para el trámite de definición de la responsabilidad disciplinaria de un servidor público.

De ahí que, ningún servidor público deba someterse durante el proceso disciplinario a una norma distinta a las preceptuadas en la Ley 200 de 1995, como el actor afirma sucede con el artículo 71 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984), excepto por las reservas de rango constitucional, razón por la cual no es de recibo el argumento expuesto en este sentido, acerca de un eventual trato discriminatorio entre los servidores del estado con la vigencia de la norma demandada.

Pues bien, la disposición materia de examen constitucional, forma parte del Capítulo 6o. de la mencionada ley, que hace referencia a la revocatoria directa de los fallos disciplinarios, y la cual es del siguiente tenor literal:

> **“ARTICULO 113. IMPROCEDENCIA.** No procederá la revocación directa prevista en este Código, a petición de parte, cuando el sancionado haya ejercido cualquiera de los recursos ordinarios. (Subraya la Sala)
>
> La revocación directa prevista en este Código no procederá cuando se haya notificado el auto admisorio de la demanda proferido por la jurisdicción contencioso-administrativa.”.

La censura, de la cual ha sido objeto la anterior preceptiva legal, se circunscribe a su inciso primero, cuyo contenido normativo establece la prohibición de revocar, a solicitud de parte interesada, el acto que impuso la correspondiente sanción, respecto de la providencia que se profiera como resultado de un proceso disciplinario, cuando quiera que el sancionado haya interpuesto alguno de los recursos ordinarios para impugnarla, mandato que, por el contrario, no es aplicable a la propia administración, cuando ésta actúa directamente, sin mediación alguna del inculpado.

En términos generales, cabe afirmar que dada la naturaleza, oportunidad y materia objeto de los recursos gubernativos y de la revocatoria directa, éstos tienen carácter excluyente, como quedó precisado en el acápite 4o. de esta providencia. En efecto, en relación con los primeros, se asegura el derecho de defensa a fin de agotar el proceso gubernativo, que termina con la providencia que resuelve los recursos y que da lugar a que posteriormente el interesado pueda acudir al ejercicio de la acción contenciosa administrativa; y, con respecto a la segunda, se instaura como un mecanismo para que la propia administración revise su actuación, a fin de que corrija los yerros originados en las causales específicamente consagradas en el Código Contencioso Administrativo (art. 69).

Así pues, cuando la Ley 200 de 1995 consagra la posibilidad de que las decisiones disciplinarias sean objeto de los recursos por la vía gubernativa, se está garantizando la vigencia de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa para el sancionado frente al fallo disciplinario que lo afecta y que lo facultan para controvertir el sentido de la decisión allí contenida ; de tal forma que, con la negativa a acudir a la revocatoria directa, una vez ejercitados aquellos, no se produce un desconocimiento de los mencionados derechos, ya que utilizados los recursos suponen por si mismos la posibilidad de defensa del interesado.

La Sala comparte, entonces, las afirmaciones presentadas en la misma dirección por el Procurador General de la Nación, en apoyo a los criterios expuestos sobre el particular por el H. Consejo de Estado[352], de conformidad con lo ya enunciado, según las cuales la exclusión de los recursos ordinarios y la revocatoria directa, adicionalmente a su naturaleza y objetivos disímiles, depende de la prevalencia misma de los principios de economía y celeridad que rigen la función administrativa (C.P. art. 209 y C.C.A., art. 3); desconocer esta realidad conllevaría a implantar un tercer recurso adicional a los gubernativos ordinarios, atentando contra la seguridad jurídica, como bien lo afirma el Ministerio de Justicia y del Derecho en su intervención.

De manera que, no es aceptable el cargo formulado por el accionante, en el sentido de que el sancionado con un fallo disciplinario pueda ver coartado su derecho a un debido proceso y defensa por la inadmisibilidad del ejercicio simultáneo de los recursos ordinarios de la vía gubernativa y la revocatoria directa, a petición de parte. Si el debido proceso se entiende como el conjunto de garantías que pretenden asegurar a los

[352] Ver la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta del 16 de agosto de 1991, M.P. Dr. Guillermo Chaín Lizcano, Expediente No. 3684, Anales del Consejo de Estado TCXXIV 2ª. Parte, pág. 718.

interesados que acuden ante la administración pública una recta y cumplida resolución sobre sus derechos e intereses, aquellas se encuentran plenamente protegidas con las posibilidades de contradicción e impugnación que estatuye la Ley 200 de 1995, en cuanto al tema analizado.

Resta agregar al presente estudio que, la argumentación esbozada por el demandante, en el sentido de que el legislador reprodujo en la disposición censurada el contenido material del artículo 10 del Decreto 2304 de 1989[353], que modificó el artículo 70 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), y que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia No. 80 del 20 de junio de 1990, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz[354], incurriendo así en un desacato a la decisión de esa alta corporación y desconociendo la consecuencia inmediata de la misma, que en su criterio, consistía en la posibilidad de ejercer en forma conjunta tanto los recursos ordinarios como la revocatoria directa, dista de la realidad jurídica y amerita la siguiente precisión:

Comoquiera que la declaración de inexequibilidad ordenada en la citada providencia, respecto del artículo 10 del Decreto 2304 de 1989, tuvo como fundamento el desbordamiento de los precisos límites señalados por el Congreso de la República al Presidente de la República en las facultades extraordinarias otorgadas mediante la Ley 30 de 1987, lo cual contrarió los preceptos contenidos en el numeral 8 del artículo 118, en concordancia con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1.886, una vez retirado del ordenamiento jurídico el mencionado artículo 10 del Decreto 2304 de 1989, la modificación que el mismo pretendió realizar al artículo 70 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.) resultó inoperante, recobrando consecuencialmente este artículo su plena vigencia, en los siguientes términos:

> "**ART. 70.- Improcedencia**. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa.".

De dicho texto legal se desprende una identidad y consonancia con lo preceptuado en la norma *sub examine*, que contradice lo afirmado por el actor en sustento de sus acusaciones. Por consiguiente, desechados los cargos presentados en el libelo de la demanda objeto de análisis, y en el entendido de que la reglamentación que el legislador estableció en ejercicio de su competencia legislativa en el inciso 1o. del artículo 113 de la Ley 200 de 1995, no comporta una violación al régimen constitucional al principio de igualdad y al debido proceso (C.P., arts. 13 y 29), esta Corporación declarará la exequibilidad de dicho segmento en la parte resolutiva de este fallo.

---

353 "por el cual se introducen algunas modificaciones al Código Contencioso Administrativo.".

354 Revista FORO COLOMBIANO, Tomo 43, No. 254, agosto de 1990, pág. 191.

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **156-069482 (161-01653)**

REVOCATORIA DIRECTA - Improcedente cuando se han agotado los recursos en vía gubernativa

Estudiado el contenido de la actuación disciplinaria adelantada contra el señor RUBÉN DARÍO SÁNCHEZ ROMERO dentro del radicado No. 156-69482, se encuentra que efectivamente el mencionado señor fue sancionado mediante decisión de fecha 24 de enero de 2003, proferida por la Comisión Disciplinaria Especial, presidida por el Procurador Delegado para la Moralidad Pública, con destitución en el ejercicio del cargo e inhabilidad por el término de cinco años para ejercer cargos públicos, en su condición de Concejal del Municipio de Granada Meta; providencia contra la cual el disciplinado, a través de apoderado, interpuso el recurso de apelación ante la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, la que mediante decisión de fecha 19 de febrero de 2003, confirmó la sanción impuesta por el operador Disciplinario de primera instancia y objeto de alzada. (FL. 392).

Visto lo anterior y analizado el acervo documental contenido en el expediente, se concluye que la solicitud elevada por el disciplinado no es procedente, porque ésta no es de recibo en nuestro ordenamiento positivo cuando se han ejercido los recursos ordinarios, como en el asunto en examen.

Una vez en firme el acto administrativo y cuando se han ejercido los recursos, como ocurrió en este caso, solamente la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del ejercicio de la acción judicial pertinente, tiene competencia para revisar la decisión y suspender sus efectos o decretar la nulidad, si hay lugar a ello.

Esta Sala Disciplinaria, en repetidas oportunidades, ha sostenido que la institución de la revocatoria directa de los actos administrativos no es un medio para enmendar los errores de los operadores de la ley y las omisiones de los sujetos procesales, quienes tienen el derecho de advertir oportunamente toda inconsistencia que pudiera llegar a entorpecer el trámite normal de la investigación y no esperar hasta cuando el asunto está ejecutoriado para tratar de finiquitarlo por éste medio.

Con mayor razón no lo es para tratar de hacer valer los mismos argumentos que adujo en el escrito de descargos y en el escrito de apelación, los que no fueron aceptados ni por el A quo ni por el Ad quem y cuando la pretendida incompetencia de la Procuraduría para disciplinarlo fue ampliamente analizada en el fallo de primera instancia y sobre ella no presentó reproche alguno en el recurso de alzada sustentado ante la Sala Disciplinaria, oportunidad que tuvo para expresar tal inconformidad. Por no estar prevista la inhabilidad a que contrajo la investigación como causal de pérdida de investidura, tal falta disciplinaria escapa a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y queda en la órbita funcional de la Procuraduría General de la Nación.

Para que la Administración revoque sus propias decisiones de oficio atendiendo las causales consagradas en el artículo 124 de la Ley 734 de 2002, debe presentarse una evidente ilegalidad en la actuación, es decir, *"cuando infrinjan manifiestamente las normas constitucionales, legales o reglamentarias en que debe fundarse",* o cuando *"con ellos se vulneren o amenacen manifiestamente los derechos fundamentales del sancionado"* situación que no se presenta en el caso en estudio.

En tales condiciones, al haberse hecho uso de los recursos por la vía Gubernativa, la Sala deberá rechazar la solicitud de revocatoria directa por improcedente y, de otra parte, no se advierte la existencia de ninguno de los requisitos legales para que la Sala, de oficio, proceda a revocar la decisión sancionatoria.

La solicitud de revocatoria del acto sancionatorio es procedente aun cuando el sancionado haya acudido a la jurisdicción contencioso administrativa, siempre y cuando no se hubiere proferido sentencia definitiva. Si se hubiere proferido, podrá solicitarse la revocatoria de la decisión por causa distinta a la que dio origen a la decisión jurisdiccional.

La solicitud de revocación deberá decidirla el funcionario competente dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su recibo. De no hacerlo, podrá ser recusado, caso en el cual la actuación se remitirá inmediatamente al superior funcional o al funcionario competente para investigarlo por la Procuraduría General de la Nación, si no tuviere superior funcional, quien la resolverá en el término improrrogable de un mes designando a quien deba reemplazarlo. Cuando el recusado sea el Procurador General de la Nación, resolverá el Viceprocurador.

Artículo 126. ***Requisitos para solicitar la revocatoria de los fallos.*** La solicitud de revocatoria se formulará dentro de los cinco años siguientes a la fecha de ejecutoria del fallo, mediante escrito que debe contener:

1. El nombre completo del investigado o de su defensor, con la indicación del documento de identidad y la dirección, que para efectos de la actuación se tendrá como única, salvo que oportunamente señalen una diferente.

2. La identificación del fallo cuya revocatoria se solicita.

3. La sustentación expresa de los motivos de inconformidad relacionados con la causal de revocatoria en que se fundamenta la solicitud.

La solicitud que no reúna los anteriores requisitos será inadmitida mediante decisión que se notificará personalmente al solicitante o a su defensor, quienes tendrán un término de cinco días para corregirla o complementarla. Transcurrido éste sin que el peticionario efectuare la corrección, será rechazada.

Artículo 127. ***Efecto de la solicitud y del acto que la resuelve.*** Ni la petición de revocatoria de un fallo, ni la decisión que la resuelve revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas.

Tampoco darán lugar a interponer recurso alguno, ni a la aplicación del silencio administrativo.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Radicación Nº **143-048901-00**.

> **DERECHO DISCIPLINARIO** - Autonomía e independencia / **REVOCATORIA DIRECTA** - Regulación en el Código Disciplinario Único / **PROCESO DISCIPLINARIO** - Competencia para decretar la nulidad / **REVOCATORIA DIRECTA** - Declaratoria por razones de ilegitimidad

En primer lugar, es importante precisarle al investigado que el derecho disciplinario es una ciencia autónoma e independiente, aunque haya quienes afirmen que sólo es una rama del derecho penal o del administrativo. Y en esa medida, las actuaciones adelantadas en virtud del mismo se rigen por las normas previstas sobre la materia, vale decir, en el Código Disciplinario Único; a menos que existan situaciones particulares que éste no contemple, caso en el cual debe acudirse a otras legislaciones, por expresa remisión que ese mismo Código hace.

La Ley 200 de 1995 en su capítulo sexto se ocupó del tema de la revocación directa, en cuanto a sus causales, competencia, improcedencia y efectos. Lo que replicó la Ley 734 de 2002, en su capítulo cuarto.

En cuanto a las causales, el artículo 111 estableció las siguientes:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.

2. Cuando con ellos se vulnere o amenacen manifiestamente los derechos fundamentales del sancionado.

Refiriéndose a la competencia, el artículo 112 preceptuó que conocerán de la revocación directa, de oficio o **a petición del sancionado**:

" a) Respecto de los fallos de única y segunda instancia el superior funcional si lo tuviere o **quien lo profirió**…".

Con relación a la improcedencia, el artículo 113 prescribía: "No procederá la revocación directa prevista en este código, a petición de parte, **cuando el sancionado haya ejercido cualquiera de los recursos ordinarios**.

La revocación directa prevista en este código **no procederá cuando se haya notificado el auto admisorio de la demanda proferido por la jurisdicción contencioso administrativa**".

En tratándose de los efectos, el artículo 114 señaló que "ni la petición de revocación del fallo ni la decisión que sobre ella se tome **revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo**".

- Todas las negrillas son extratexto -

Todo lo anterior para significar que el señor CARLOS GABRIEL GARCIA hubiera podido sencillamente (para utilizar los mismos términos del investigado en su petición) solicitar la revocatoria directa del fallo proferido por el Procurador Segundo Distrital, sin necesidad de acudir a la tutela, como quiera que no había hecho uso de los recursos de la vía gubernativa.

Sin embargo, indistintamente de las razones que lo condujeron a ello, el Procurador Segundo Distrital revocó el fallo mediante el cual se había destituido e inhabilitado al señor GARCIA, conforme con la facultad establecida en las normas citadas para revocar de oficio.

Ahora bien, no existiendo discusión alguna en cuanto a la facultad de la administración de revocar directamente sus propios actos, bien sea de oficio o a petición de parte, entrará el despacho a dilucidar lo correspondiente a la competencia que tiene para decretar la nulidad de un acto proferido en virtud de un proceso disciplinario.

Tanto la Ley 200 de 1995 como la Ley 734 de 2002 se ocuparon del tema de las nulidades en sus artículos 131 a 134 y 143 a 147 respectivamente, dándole la facultad al juez del asunto de decretarlas y subsanar los vicios que se presenten en la actuación procesal, sin que tenga que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa; totalmente contrario a como opera en materia administrativa, donde dicha competencia es exclusiva de la jurisdicción contenciosa.

Ello tiene su fundamento en la potestad disciplinaria con que cuenta el Estado para salvaguardar y garantizar el ejercicio de la función pública, mientras no haya transcurrido el tiempo que le otorga la ley para hacer uso de la acción correspondiente, es decir, que mientras dicha acción no haya prescrito, la administración no puede quedar atada y supeditada a que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre una nulidad de un acto que vicie de ilegalidad el proceso.

La Corte Constitucional en Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, Exp. D-1058, M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló: "*… Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre sus servidores estatales.* ***"La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos…"*** ".

De manera tal, que si el juez disciplinario, bien sea de oficio o a petición de parte, detecta un vicio que afecte la legalidad del proceso, tiene la facultad para decretar la nulidad y subsanar la actuación, siempre y cuando la acción disciplinaria no se encuentre prescrita, conforme a los términos establecidos en la ley para tal efecto.

Ahora bien, con relación a la revocatoria directa, el profesor HECTOR JORGE ESCOLA[355] manifiesta: "…*Cuando la revocatoria se ha fundado en motivos de mérito u oportunidad, es razonable que sólo produzca efectos constitutivos, ya que coloca al administrado en una situación nueva, dándole derecho, incluso, a ser indemnizado por los beneficios o ventajas de que pueda resultar privado, o por los perjuicios que haya podido producirle. En cambio, cuando se ha fundado en motivos de ilegitimidad, debe producir efectos declarativos,* ***puesto que debe retrotraer las cosas al estado que tenían antes de dictarse el acto revocado por ser ilegítimo***".

Lo anterior nos permite concluir que si el juez disciplinario revoca un acto por razones de ilegitimidad, el proceso se retrotrae a la actuación inmediatamente anterior y si la misma se ve afectada por un vicio de ilegalidad, él tiene el deber de subsanarlo, haciendo uso de la facultad que le ha otorgado la ley, es decir, DECRETANDO LA NULIDAD. Todo ello, reiteramos siempre que la acción disciplinaria esté viva, porque lo contrario significaría que el Estado perdió la potestad para imponer la sanción y lo procedente entonces sería decretar la prescripción y ordenar el archivo definitivo.

En el caso del señor CARLOS GABRIEL GARCIA PRIETO, como quiera que existió una indebida notificación del auto de cargos, se generó un vicio de ilegalidad, pues se afectó de manera flagrante el principio del derecho a la defensa, constituyendo ello una violación a la Constitución y la ley, razones más que suficientes para que el Procurador Segundo Distrital, haciendo uso de sus facultades legales, revocara el fallo proferido contra el investigado y decretara la nulidad de lo actuado, a fin de restablecer el

[355] COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, página 538.

proceso y garantizar la debida aplicación del ordenamiento jurídico. Todo ello enmarcado en que aún no han transcurrido los cinco (5) años que contempla el CDU para la prescripción de la acción disciplinaria, toda vez que los hechos tuvieron ocurrencia el 8 de febrero de 1999.

Ha de notarse también que el proceso disciplinario contra los servidores públicos, tramitado y terminado por funcionarios administrativos, está sometido al control de legalidad por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y por lo tanto la cosa juzgada no es absoluta, como sí ocurre en los procesos disciplinarios de conocimiento de los Consejos Seccionales y Superior de la Judicatura. Entonces podría hablarse de una ejecutoria limitada o formal.

Consideraciones de orden jurídico que nos llevan a desechar los argumentos expuestos por el investigado para concluir la actuación disciplinaria en su contra, ordenando el ARCHIVO DEFINITIVO, por lo que el despacho negará la petición.

T I T U L O VI

PRUEBAS

Artículo 128. ***Necesidad y carga de la prueba.*** Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado.

Artículo 129. ***Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba.*** El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Fallo de Primera Instancia. Radicación Nº **061-00345-98**.

CONTRATO ESPECIAL O DE LLAVE EN MANO - Concepto / **CONTRATO A PRECIO GLOBAL** - Concepto / **CONTRATO POR PRECIOS UNITARIOS** - Concepto

CONTRATO DE LLAVE EN MANO A PRECIO GLOBAL Y CONTRATO DE OBRA A PRECIO FIJO - Diferencia / **PRUEBAS** - Informe técnico

"Especial, o llave en Mano: Este contrato permite que una misma persona se comprometa al diseño, construcción, financiación, montaje, instalación y entrega de una obra pública en funcionamiento. (Controversia Contractual en obras públicas, Universidad de los Andes, 1988, página 43)[356].

Por Precio Global: En este tipo de contrato se pacta la ejecución del objeto mediante un valor estimado por el contratista, y aceptado por la Entidad pública contratante, valor fijo total en que están incluidos lo honorarios. El contratista es el único responsable del personal que contrate, de los subcontratos que celebre y de la propia ejecución contractual.

Por precios Unitarios: El valor del contrato resulta de sumar el producto de cada obra, por su precio unitario, en donde puede haber un objeto determinado o determinable. En este tipo de contrato lo que se busca es un fin, no un medio como en el caso del precio global. El fin es ejecutar un objeto contractual. Si para lograrlo se requiere adelantar una serie de actividades complementarias, no previstas en el contrato, deben ser desarrolladas y remuneradas, partiendo de los precios unitarios, previamente determinados. (Controversia Contractual en Obras Públicas, Universidad de los Andes, 1988, página 40)[357].

De acuerdo con lo anterior, encontramos que existen grandes diferencias entre un contrato "Llave en mano a precio global" y el de precios unitarios, hecho que conlleva a que la forma de ejecución es diferente, las responsabilidades del ejecutor y del servidor público que vigila la ejecución son también diferentes y la forma de evaluar los costos de ejecución por obvias razones también son totalmente diferentes.

En términos técnicos en el contrato llave en mano la Entidad contratante suministra los diseños básicos, trazado, topografía, permiso ambiental, adquisiciones de terrenos y servidumbres y el contratista se encarga de ejecutar la obra, tales como diseño de estructura y cimentaciones, la totalidad de los suministros, la construcción y el montaje, el manejo de los costos ambientales, hasta la puesta en servicio u operación de la obra. Lo anterior implica que los riesgos corren por cuenta del contratista, logrando menores tiempos de ejecución (una sola licitación) y delegación en una sola persona o consorcio de la responsabilidad total del proyecto, cosa que no sucede con los contratos a precios fijos.

Analizadas las pruebas que obran en el expediente se concluye que el informe técnico se realizó utilizando la metodología para un contrato denominado a precios unitarios y

[356] Controversia Contractual en obras públicas, Universidad de los Andes, 1988, página 43
[357] Controversia Contractual en Obras Públicas, Universidad de los Andes, 1988, página 40

no para un contrato de los denominados Llave en mano- precio global, hecho que dificulta verdaderamente si estamos frente a un contrato ejecutado con sobrecostos, toda vez que, en dicho informe no se mencionan los costos intangibles en que incurrió el contratista, tales como estadía de los obreros, pasajes de los mismos, seguros, fletes y transporte de materiales, bodegajes, adquisición de equipos para perforaciones en la Isla, costos adicionales por estadía de personal por épocas de temporada alta".

Artículo 130. ***Medios de prueba.*** Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.

Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.

Artículo 131. ***Libertad de pruebas.*** La falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

Artículo 132. ***Petición y rechazo de pruebas.*** Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán rechazadas las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

Artículo 133. ***Práctica de pruebas por comisionado.*** El funcionario competente podrá comisionar para la práctica de pruebas a otro servidor público de igual o inferior categoría de la misma entidad o de las personerías distritales o municipales.

En la decisión que ordene la comisión se deben establecer las diligencias objeto de la misma y el término para practicarlas.

El comisionado practicará aquellas pruebas que surjan directamente de las que son objeto de la comisión, siempre y cuando no se le haya prohibido expresamente. Si el término de comisión se encuentra vencido

se solicitará ampliación y se concederá y comunicará por cualquier medio eficaz, de lo cual se dejará constancia.

Se remitirán al comisionado las copias de la actuación disciplinaria que sean necesarias para la práctica de las pruebas.

El Procurador General de la Nación podrá comisionar a cualquier funcionario para la práctica de pruebas, los demás servidores públicos de la Procuraduría sólo podrán hacerlo cuando la prueba deba practicarse fuera de su sede, salvo que el comisionado pertenezca a su dependencia.

Artículo 134. ***Práctica de pruebas en el exterior.*** La práctica de las pruebas o de diligencias en territorio extranjero se regulará por las normas legalmente vigentes.

En las actuaciones disciplinarias adelantadas por la Procuraduría General de la Nación, el Procurador General podrá, de acuerdo con la naturaleza de la actuación y la urgencia de la prueba, autorizar el traslado del funcionario que esté adelantando la actuación, previo aviso de ello al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la representación diplomática acreditada en Colombia del país donde deba surtirse la diligencia.

Artículo 135. ***Prueba trasladada.*** Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país, podrán trasladarse a la actuación disciplinaria mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario y serán apreciadas conforme a las reglas previstas en este código.

Artículo 136. ***Aseguramiento de la prueba.*** El funcionario competente de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de las facultades de policía judicial, tomará las medidas que sean necesarias para asegurar los elementos de prueba.

Si la actuación disciplinaria se adelanta por funcionarios diferentes a los de la Procuraduría General de la Nación, podrán recurrir a esta entidad y a los demás organismos oficiales competentes, para los mismos efectos.

Artículo 137. ***Apoyo técnico.*** El servidor público que conozca de la actuación disciplinaria podrá solicitar, gratuitamente, a todos los organismos del Estado la colaboración técnica que considere necesaria para el éxito de las investigaciones.

Artículo 138. ***Oportunidad para controvertir la prueba.*** Los sujetos procesales podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria.

Jurisprudencia: Este artículo corresponde en similar sentido al artículo 130 de la Ley 200 de 1995, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-430/97**. Las consideraciones generales de dicha providencia se encuentran en seguida del artículo 92 de la presente ley que trata sobre los derechos del investigado.

PROCESO DISCIPLINARIO - Oportunidad para controvertir la prueba

1. Planteamiento del Problema.

1.1. Según el demandante, las normas acusadas desconocen la garantía constitucional del debido proceso consagrada en el artículo 29 superior.

En efecto, los artículos 77-2 y 130 restringen indebidamente el derecho de defensa del inculpado en los procesos disciplinarios, por las siguientes razones:

El acceso al informativo disciplinario sólo es permitido al inculpado desde el momento en que es escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, y la oportunidad para controvertir las pruebas se condiciona a la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria. De este modo, con anterioridad a las referidas actuaciones procesales no le es permitido al inculpado ni el acceso a la actuación procesal ni la posibilidad de poder contradecir las pruebas en su contra.

(…)

2.6. Las mismas reflexiones que ha hecho la Corte en relación con el numeral 2 del art. 77 son igualmente válidas con respecto al art. 130 que se acusa. En efecto, cuando esta norma establece que el investigado puede controvertir las pruebas a partir del momento de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria, está consagrando el ejercicio de este derecho para la etapa que se inicia una vez se ha establecido por el investigador la existencia de la falta y del posible autor del ilícito disciplinario (art. 144), lo cual no significa en forma alguna que se desconozca el derecho de contradicción para la etapa anterior, o sea la de la indagación preliminar, si la hubiere, ni para la posterior -el juzgamiento- que comienza con la formulación de cargos (art. 150).

En síntesis, como se ha visto la oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U.

Artículo 139. ***Testigo renuente.*** Cuando el testigo citado sea un particular y se muestre renuente a comparecer, podrá imponérsele multa hasta el equivalente a cincuenta salarios mínimos diarios vigentes en la época de ocurrencia del hecho, a favor del Tesoro Nacional, a menos que justifique satisfactoriamente su no comparecencia, dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la declaración.

Jurisprudencia: Este Inciso corresponde en similar sentido al inciso 1° del artículo 52 de la Ley 200 de 1995 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-280/96**.

TESTIGO RENUENTE - Conducción forzada

2.10. El artículo 52.

El artículo 52 preceptúa:

> *"Artículo 52.- CIUDADANO RENUENTE.- Salvo las excepciones constitucionales o legales a su favor cuando el testigo sea un particular y se muestre renuente a comparecer podrá imponérsele multa de cinco (5) a ciento ochenta (180) salarios mínimos diarios, previa explicación sobre su no concurrencia, que deberá presentar dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha señalada para la declaración mediante resolución contra la cual sólo cabe recurso de reposición, quedando con la obligación de rendir declaración.*
>
> *Si la investigación cursa en la Procuraduría podrá disponerse, además, la conducción del renuente por la fuerza pública, para efectos de la recepción inmediata de la declaración sin que esta conducción implique privación de la libertad."*

El ciudadano De Zubiría Samper (Exp. 1067) reconoce que todas las personas tienen el deber de colaborar con las autoridades de justicia, pero sostiene que la multa y la conducción del testigo renuente violan el artículo 28 de la Constitución, según el cual toda privación de la libertad requiere de la existencia de un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales.

Por el contrario, para la Vista Fiscal la disposición se ajusta a la Carta porque es un desarrollo "del deber constitucional de todos los ciudadanos de colaborar con el buen funcionamiento del Estado" y una expresión del principio de solidaridad. Obviamente, señala el Viceprocurador, las multas deben respetar el debido proceso y no pueden

imponerse sobre aquellos que no tienen el deber de testificar. Finalmente, según el Ministerio Público, "la atribución exclusiva de la Procuraduría para ordenar la conducción del testigo renuente, se justifica en razón del poder disciplinario preferente que constitucionalmente se le reconoce (art. 277 de C.P.), el cual, sin instrumentos para su cabal cumplimiento haría nugatoria la labor de control a ella asignada."

(…)

Procedimiento disciplinario y libertad personal.

25- Los actores atacan varias disposiciones del libro III del CDU pues consideran que algunos aspectos del procedimiento disciplinario violan derechos y normas constitucionales. Así, uno de los demandantes considera que el artículo 52 desconoce la reserva judicial en materia de libertad ya que permite que una autoridad no judicial -el Ministerio Público- prive de la libertad a una persona a fin de que rinda testimonio. Por el contrario, según la Vista Fiscal, la disposición es exequible pues es un instrumento para que se puedan adelantar eficazmente investigaciones disciplinarias. Entra pues la Corte a estudiar la constitucionalidad de esta disposición.

El inciso primero establece una multa para el testigo particular que se muestre renuente a comparecer y declarar. Esta norma no plantea ningún problema constitucional, siempre y cuando la multa se imponga con el respeto del debido proceso (CP art. 29), pues simplemente desarrolla el deber de declarar de toda persona, con las correspondientes excepciones constitucionales (CP art. 33), el cual es una expresión específica del deber constitucional de colaborar con la buena administración de justicia (CP art. 95 Ord. 7º).

26- Por el contrario, el inciso segundo requiere un examen más detenido pues establece que para sus investigaciones la Procuraduría podrá disponer la "conducción del renuente por la fuerza pública, para efectos de la recepción inmediata de la declaración sin que esta conducción implique privación de la libertad." En efecto, si bien toda persona debe declarar cuando la autoridad competente así lo exija (CP art. 95 ord. 7º), la Constitución consagra una reserva judicial en materia de libertad, pues el artículo 28 establece que una persona sólo puede ser detenida por orden de autoridad judicial competente. Como vemos, esta norma plantea una tensión entre la reserva judicial de la libertad (CP art. 28) y el deber de toda persona de colaborar con las autoridades y contribuir con la administración de justicia, que incluye en este aspecto las investigaciones disciplinarias (CP art. 95 ord. 7º). En efecto, por más de que el artículo diga que la conducción forzosa del testigo no debe implicar una privación de libertad, lo cierto es que ella restringe la libertad de la persona pues esta Corporación ha dicho que "por libertad personal a nivel constitucional debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona"[358].

[358] Sentencia C-024. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico 6.

En decisión anterior, esta Corte tuvo que estudiar la misma tensión y concluyó que, dentro de estrictos límites, es admisible la conducción forzada del testigo, por una autoridad no judicial, a fin de que rinda el respectivo testimonio, pues tal práctica es un desarrollo "de un deber superior. Lo que se pretende es que se proceda a una investigación rápida a fin de evitar que las pruebas se pierdan y redunde esto en la investigación -como fin inmediato-, para lograr la búsqueda de la verdad -fin mediato-.[359]" Sin embargo, esa misma sentencia agregó inmediatamente que ello sólo es posible en aquellas situaciones de urgencia en las que existe la posibilidad de la pérdida de pruebas, pues "cosa distinta es la negativa a una orden de comparendo para rendir testimonio. En este caso, si el funcionario judicial -y sólo el funcionario judicial- estima necesario la presencia del testigo, puede expedir una orden de captura. Es en este sentido que la norma es constitucional."

La Corte considera que esos mismos criterios son aplicables en este caso, por lo cual el inciso segundo del artículo 52 del CDU será declarado constitucional, siempre y cuando se entienda que se trata de situaciones de urgencia en las cuales la conducción forzada al testigo es necesaria para evitar la pérdida de pruebas.

La multa se impondrá mediante decisión motivada, contra la cual procede el recurso de reposición, que deberá interponerse de acuerdo con los requisitos señalados en este código.

Impuesta la multa, el testigo seguirá obligado a rendir la declaración, para lo cual se fijará nueva fecha.

Si la investigación cursa en la Procuraduría General de la Nación, podrá disponerse la conducción del testigo por las fuerzas de policía, siempre que se trate de situaciones de urgencia y que resulte necesario para evitar la pérdida de la prueba. La conducción no puede implicar la privación de la libertad.

Jurisprudencia: Este Inciso corresponde en similar sentido al inciso 2° del artículo 52 de la Ley 200 de 1995 declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, mediante sentencia **C-280/96**, por la Corte Constitucional “siempre y cuando se entienda que se trata de situaciones de urgencia en las cuales la conducción forzada del testigo es necesaria para evitar la pérdida de pruebas.” Los apartes pertinentes se encuentran en seguida del inciso 1° del presente artículo.

[359]Sentencia C-024. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico 9.1

Esta norma no se aplicará a quien esté exceptuado constitucional o legalmente del deber de declarar.

Artículo 140. ***Inexistencia de la prueba.*** La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.

Artículo 141. ***Apreciación integral de las pruebas.*** Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta.

Artículo 142. ***Prueba para sancionar.*** No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.

T I T U L O VII

NULIDADES

Artículo 143. ***Causales de nulidad.*** Son causales de nulidad las siguientes:

1. La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.

Jurisprudencia: El numeral 1° del artículo 131 de la Ley 200 de 1995 establecía:

"1. La incompetencia del funcionario para fallar."

La Corte Constitucional mediante sentencia **C-1076/02** ordenó estarse a lo resuelto en la providencia **C-181/02** que declaró EXEQUIBLE este numeral.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y JUEZ DE LA REPÚBLICA
- Distinción en actuación y competencia

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Función disciplinaria es una sola

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Improcedencia de nulidad sobre actuaciones surtidas por funcionario distinto al que debe fallar

ETAPA DE INSTRUCCIÓN EN FALTA DISCIPLINARIA - No determina resultado de diligencias ni afecta garantías del debido proceso

PROCESO DISCIPLINARIO - Sólo incompetencia para fallar genera su nulidad

PROCESO DISCIPLINARIO - Causales de nulidad ***/*** **PROCESO DISCIPLINARIO** - Incompetencia para investigar no es determinante para validez de actuaciones

NULIDAD PROCESAL DISCIPLINARIA - Excepciones a incompetencia del funcionario para fallar

8. Artículo 131 (parcial) de la Ley 200 de 1995

ARTICULO 131. CAUSALES. Son causales de nulidad en el proceso disciplinario:

1. La incompetencia del funcionario para fallar.

(…)

a. Cargos de la demanda

El artículo 131 en su numeral primero atenta contra el derecho al debido proceso porque la norma sólo consagra como causal de nulidad la incompetencia para fallar, permitiendo que las investigaciones sean adelantadas por funcionarios que no tienen competencia para realizarlas.

(…)

d. Consideraciones de la Corte

En relación con la constitucionalidad de la norma acusada, esta Corporación coincide plenamente con los argumentos formulados por la Vista Fiscal según los cuales se "encuentra razonable y proporcionada esta determinación, toda vez que la actuación y competencia de la Procuraduría General de la Nación no puede ser confundida con la de los jueces de la República, en donde los conceptos de jurisdicción y competencia demarcan el derrotero de la actuación de éstos. La función disciplinaria de la

Procuraduría es una y, en ese orden, pese a que el legislador distribuyó la actuación disciplinaria en cabeza de distintos funcionarios que componen o integran la Procuraduría, no existe razón para que se decrete la nulidad de aquellas actuaciones surtidas por funcionario distinto a aquel que debe fallar".

En efecto, de conformidad con la estructura jerárquica sobre la cual se levanta el control disciplinario de los servidores públicos es posible señalar que la etapa de instrucción de una falta disciplinaria no determina el resultado de las diligencias ni afecta las garantías implícitas del debido proceso del investigado. En primer lugar, porque si el marco de referencia es el control disciplinario externo que ejerce la Procuraduría General de la Nación, es claro que en virtud de la potestad de delegación que ostenta el Procurador General éste podría asignar la instrucción del proceso a cualquiera de sus agentes. La competencia disciplinaria de la Procuraduría, tal como se adelantó, es general y, por tanto, sólo la incompetencia para fallar el proceso, es decir, para imponer la sanción, podría derivar en la nulidad del proceso disciplinario.

Si, por el contrario, el escenario es el del control interno de la falta disciplinaria, la restricción al ejercicio de la competencia estaría impuesta por el propio artículo 57 de la Ley 200 de 1995, según el cual, la investigación disciplinaria puede ser adelantada por la oficina de control interno o por quien decida el jefe de la Entidad o de la dependencia regional o seccional, siempre y cuando aquella se efectúe por un funcionario "*de igual o superior jerarquía a la del investigado.".* Es visto que si en el jefe de la entidad o en la oficina de control interno está la potestad de asignar el funcionario encargado de adelantar la investigación disciplinaria, la incompetencia para investigar no es determinante en la validez de las actuaciones correspondientes.

No obstante, esta regla presenta ciertas excepciones como lo son, por ejemplo, la de los fueros constitucionales o legales previstos para ciertos funcionarios que, por virtud de la normatividad, tienen asignadas competencias disciplinarias expresas. Tal es el caso, entre otros, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, a quienes por disposición del artículo 174 de la Constitución, investiga el Senado de la República.

De la misma manera podría exceptuarse, entre otras, el caso en el que la incompetencia del funcionario para investigar desconoce el derecho a la doble instancia del procesado, así como las investigaciones que asume directamente el Procurador General de la Nación en los casos previstos en la Constitución o la ley.

En virtud de lo dicho, esta Corte declarará exequible el numeral primero del artículo 131 de la Ley 200 de 1995.

2. La violación del derecho de defensa del investigado.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (Agencia del Ministerio Público) Radicación Nº **2002109001**.

> **PLIEGO DE CARGOS** - Indebida motivación genera nulidad por violación del derecho de defensa / **PRUEBAS** - Obligación de analizar y valorar los elementos de convicción

"... previo estudio de la citada actuación, esta Agencia respetuosamente advierte la existencia de una nulidad, con base en las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el artículo 163 de la Ley 734 de 2002, el auto de cargos entre otros requisitos, debe contener un análisis de los elementos de prueba en que se fundamentan los cargos atribuidos a los disciplinados, motivo por el cual, de no cumplirse con tal requerimiento legal se estaría vulnerando el derecho de defensa del disciplinado, lo que conduce a la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 143 ibídem.

Al respecto señala la Corte Suprema de Justicia: "... dentro del análisis jurídico de la calificación que se de a los hechos motivo de investigación... se debe hacer el correspondiente análisis probatorio para la demostración no solo de los factores objetivos del hecho ilícito, sino también de la imputación subjetiva del mismo." (Sala Penal, casación del 25 de octubre de 1989, M.P. Edgar Saavedra Rojas).

De otra parte, los motivos que aduce el Juzgador para adoptar su decisión, deben tener respaldo en los elementos de prueba allegados al plenario, de los que se debe hacer alusión expresa, para que el disciplinado tenga la posibilidad de conocer el alcance que les concede y poder ejercer una defensa de sus actuaciones.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: "... la simple relación y transcripción del material probatorio recogido no es un pliego de cargos ni fija procesalmente los hechos por lo cuales se llama a responder... el Juzgado debe tomarlos de allí, del material de convicción, y concretarlos en el auto motivado..." (Sala Penal, Casación del 1 de septiembre de 1981, M.P. Luis Enrique Romero Soto).

Por lo anterior, encuentra este despacho que el auto de cargos formulado contra el doctor..., no contiene la relación de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso con su consecuente valoración, lo que le impide al inculpado ejercer una defensa integral de la falta que se le endilga.

La falencia encontrada, constituye una causal de nulidad que vulnera el derecho de defensa del investigado, prevista en el numeral 2º del artículo 143 de la Ley 734 de 2002.

Por lo anterior, respetuosamente me permito solicitar se sirva decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto de cargos del 26 de marzo de 2003.

3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Parágrafo. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.

Artículo 144. ***Declaratoria oficiosa.*** En cualquier estado de la actuación disciplinaria, cuando el funcionario que conozca del asunto advierta la existencia de alguna de las causales previstas en la norma anterior, declarará la nulidad de lo actuado.

Artículo 145. ***Efectos de la declaratoria de nulidad.*** La declaratoria de nulidad afectará la actuación disciplinaria desde el momento en que se presente la causal. Así lo señalará el funcionario competente y ordenará que se reponga la actuación que dependa de la decisión declarada nula.

La declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria no invalida las pruebas allegadas y practicadas legalmente.

Artículo 146. ***Requisitos de la solicitud de nulidad.*** La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten.

Doctrina: Procurador General de la Nación - Dr. Edgardo José Maya Villazón -. Petición de nulidad. Radicación Nº **009-52181-01**.

> **NULIDAD** - Vicio que compromete un acto de postulación discrecional de los sujetos procesales

Se pronuncia el Despacho, respecto de las solicitudes de nulidad incoadas por el Doctor RODOLFO SMITH KINDERMANN, a través de su apoderado Doctor ROBINSON RICARDO RADA GONZÁLEZ, los días 28 y 31 de marzo de 2003, recibidos el primero

vía fax a las 3:37 p.m. y el segundo por el mismo medio a las 9:05 AM en el teléfono 0953489087.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 146 de la ley 734 de 2002, actual Estatuto Disciplinario, aplicable al caso que nos ocupa, las solicitudes de nulidad podrán formularse hasta antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten.

De acuerdo a lo anterior, las peticiones elevadas y que ocupan la atención del Despacho, son extemporáneas y en consecuencia improcedentes, toda vez que el fallo definitivo se profirió a primera hora del 28 de marzo de los corrientes, agotándose en ese instante la vía gubernativa, y perdiendo competencia éste órgano de control para pronunciarse respecto de las nulidades planteadas con posterioridad a la expedición del mencionado acto administrativo.

A pesar de lo anterior, es necesario aclarar que el investigado RODOLFO SMITH KINDERMANN, no se refirió en el escrito del 21 de marzo de los corrientes, sustentatorio del recurso de reposición del fallo de única instancia del 18 de marzo del presente año, de solicitud de nulidad alguna, ni de causal en tal sentido, convalidando con su silencio las eventuales nulidades planteadas por éste, como lo ha señalado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 18 de julio de 2002, radicado 14.057, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, respecto de la nulidad, que no se produce cuando se convalida un vicio que compromete un acto de postulación discrecional de los sujetos procesales, así:

> "*… cuando el vicio compromete un acto de postulación discrecional de los sujetos procesales, como por ejemplo el derecho de impugnación, sus efectos convalidatorios dependerán no solo de su trascendencia, sino de la circunstancia de no haber sido saneado con motivo de la actividad procesal asumida por la parte afectada, pues si guarda silencio frente a la informalidad, o concita la prosecución del trámite procesal haciendo caso omiso de ella, habrá de entenderse que dispone del derecho que le fue socavado renunciando a su eventual ejercicio y que el vicio, por tanto, ha sido convalidado".*

Artículo 147. ***Término para resolver.*** El funcionario competente resolverá la solicitud de nulidad, a más tardar dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su recibo.

T I T U L O VIII

ATRIBUCIONES DE POLICIA JUDICIAL

Artículo 148. ***Atribuciones de policía judicial.*** De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 de la Constitución Política, para el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría General de la Nación tiene atribuciones de policía judicial. En desarrollo de esta facultad, el Procurador General y el Director Nacional de Investigaciones Especiales podrán proferir las decisiones correspondientes.

El Procurador General de la Nación podrá delegar en cualquier funcionario de la Procuraduría, en casos especiales, el ejercicio de atribuciones de policía judicial, así como la facultad de interponer las acciones que considere necesarias. Quien hubiere sido delegado podrá proferir las decisiones que se requieran para el aseguramiento y la práctica de pruebas dentro del proceso disciplinario.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, para efecto del ejercicio de las funciones de Policía Judicial establecidas en el inciso final del artículo 277, el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales, en desarrollo de las cuales podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal.

Jurisprudencia: Este artículo corresponde en similar sentido al texto del artículo 135 de la Ley 200 de 1995 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-244/96**. Los apartes pertinentes se encuentran en seguida del primer inciso del artículo 76.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Funciones de policía judicial

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Funciones jurisdiccionales

g. El artículo 135 parcial de la ley 200 de 1995

Para el análisis del aparte demandado del artículo 135 de la ley 200 de 1995, es indispensable referirse a la integridad del artículo. Dice así dicho precepto: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, para efectos del ejercicio de las funciones de Policía Judicial establecida en el inciso final del artículo 277 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales, en desarrollo de las cuales podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar como en la

investigación disciplinaria que adelanten los funcionarios competentes de la Procuraduría General de la Nación." (Se subraya lo acusado)

A juicio de la demandante, esta disposición contraría los artículos 113, 116 y 117 de la Constitución, pues la Procuraduría no se encuentra dentro de los organismos que administran justicia y, por tanto, no se le pueden atribuir funciones jurisdiccionales.

En primer término, debe referirse la Corte a la afirmación que hace el apoderado del Ministro del Interior, en el sentido de que la Corte ha debido inadmitir la demanda dirigida contra esta disposición, por cuanto la demandante no cumplió con el requisito formal de la transcripción literal de la norma. Se equivoca el interviniente pues en la página 2 de la demanda, que corresponde al folio 2 del expediente, aparece la transcripción que echa de menos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 277 de la Carta, "El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados o agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. 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.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Las demás que determine la ley.
Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias." (Lo subrayado no es del texto)

Por otra parte, el artículo 117 de la Ley Suprema le asigna al Ministerio Público "la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas".

Obsérvese que es la misma Constitución la que le otorga a la Procuraduría General de la Nación, esto es, al Procurador General y a sus agentes y delegados, la facultad de

ejercer funciones de Policía Judicial. Las que, según la norma impugnada, se dirigen exclusivamente a dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, tanto en la etapa de indagación preliminar como durante la investigación disciplinaria.

Con fundamento en estas disposiciones cabe preguntar ¿qué funciones que ordinariamente cumplen los cuerpos u organismos de policía judicial, puede ejecutar la Procuraduría General de la Nación, para efectos del aseguramiento y práctica de pruebas en los procesos disciplinarios? Para responder esta pregunta es necesario recordar que dicho cuerpo especializado en materia penal, cumple entre otras funciones, la de practicar capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, registro de correspondencia, vigilancia electrónica, etc., previa orden escrita de la autoridad judicial competente.

Entonces, como para el aseguramiento de pruebas en procesos disciplinarios, se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc., los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se le haya atribuido a la Procuraduría, en la norma que es objeto de acusación, funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 116 del Estatuto Superior que prescribe: "Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos". Requisitos que se cumplen en el caso que se examina, pues la Procuraduría General de la Nación, a pesar de ser un organismo de control, independiente y autónomo, es de carácter administrativo, y se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar al igual que en la investigación disciplinaria.

Considera la Corte importante advertir al Procurador General de la Nación y los demás funcionarios de esa entidad, que en el ejercicio de las funciones a que alude la norma demandada, deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos disciplinarios, haciendo uso de las funciones de policía judicial única y exclusivamente en casos absolutamente necesarios, para asegurar o practicar las pruebas. La arbitrariedad y el mal uso, por parte de tales funcionarios, de dichas atribuciones les acarreará las sanciones penales y disciplinarias establecidas para estos casos.

No encuentra la Corte que la norma acusada viole los artículos citados por la demandante, razón por la cual será declarada exequible en su integridad.

Artículo 149. ***Intangibilidad de las garantías constitucionales.*** Las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus

atribuciones de policía judicial, se realizarán con estricto respeto de las garantías constitucionales y legales.

T I T U L O IX

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

CAPITULO PRIMERO

Indagación preliminar

Artículo 150. ***Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar.*** En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. ~~En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo~~.

Jurisprudencia: El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-036/03**.

INDAGACIÓN PRELIMINAR - Identificación o individualización del autor

2. Lo que se debate.

El demandante ubica los cargos contra cada uno de los apartes acusados, desde la violación del artículo 29 de la Constitución, así:

2.1 La acusación contra el inciso 3 del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, porque establece que la investigación preliminar durará mientras persista la duda sobre la identificación o individualización del autor de la falta disciplinaria. Según explica el actor, esto viola el aparte del artículo 29 de la Constitución, que consagra que toda persona, en todas las actuaciones judiciales o administrativas, tiene derecho a "...un debido proceso público sin dilaciones injustificadas...", pues no hay un plazo cierto y determinado para ello.

(…)

4. Cargos contra la expresión contenida en el inciso 3 del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, por no consagrar un término cierto y preestablecido para la etapa de indagación preliminar.

4.1 El inciso 3 del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 establece que cuando hay duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará la indagación preliminar por el término necesario para cumplir su objetivo.

4.2 Lo que reprocha el actor de esta disposición consiste en que establece que la indagación preliminar no tenga preestablecido un término fijo y cierto para su culminación. Considera que, de esta manera, se viola el artículo 29 de la Constitución, pues, el precepto constitucional señala que toda persona tiene derecho "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas".

4.3 Para la Procuraduría no hay tal violación pues, no hay autor o responsable individualizado, por lo que no es posible vulnerar ningún derecho fundamental de quien no se conoce la identidad. Además, existe en cabeza del Estado el ejercicio del poder sancionador mientras se logra la individualización del infractor y no haya prescrito la acción disciplinaria.

4.4 Presentado así este asunto, la Corte entra a estudiar si hay la alegada vulneración o no.

Para ello, se requiere hacer referencia a los aspectos principales del artículo 150 y no sólo de la frase acusada, con el fin de determinar el objeto de la indagación preliminar y si hay previsto un término cierto para que ella culmine. De esta manera, se podrá determinar si existe vulneración del debido proceso, en especial, en cuanto al derecho que toda persona tiene "a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas" como lo establece el artículo 29 de la Constitución, para el caso de que haya duda respecto de la individualización del autor de la falta disciplinaria.

Los elementos del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 que se tendrán en cuenta son los siguientes:

a) La disposición establece que la indagación preliminar se iniciará "en caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria" para: "verificar la ocurrencia de la conducta"; "determinar si es constitutiva de falta disciplinaria"; o "si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad"; y para "la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria."

b) El mismo artículo fija, como regla general, que la indagación preliminar tiene un término de duración de 6 meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura.

c) Sólo dos excepciones a esta regla general consagra la disposición: la primera, cuando hay duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria, caso en el cual “la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo” (que es la expresión acusada); y, la segunda excepción, cuando se trate de investigaciones por violación a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. En este caso, podrá extenderse el término a otros seis meses. Sobre esta segunda excepción no se hará referencia en esta demanda, no sólo por no ser objeto de acusación, sino porque, no obstante que extiende el término de duración de la etapa de indagatoria preliminar, sí fija un límite, lo que no ocurre en la expresión acusada.

4.5 De acuerdo con el examen somero de estos elementos, para la Corte, la excepción contenida en la parte acusada respecto del no señalamiento por el legislador de un límite de duración de la indagación preliminar cuando existen dudas sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria, resulta a todas luces violatoria del derecho al debido proceso.

En efecto, el legislador incumplió la obligación de establecer un término para este caso, y no encuentra la Sala ninguna justificación para ello, pues, la razón de ser de la etapa de la indagación preliminar es, precisamente, despejar las dudas que la propia norma señala, entre la que se encuentra la de la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria.

Es decir que, si frente a los demás fines de la indagación preliminar: verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, se estableció un término fijo y cierto, no encuentra la Sala ninguna razón para que en el caso de la individualización del autor de la falta disciplinaria no se pueda fijar.

4.6 No resulta aceptable la explicación suministrada por el Ministerio Público, para quien, como no hay un sujeto individualizado, subsiste en cabeza del Estado el ejercicio del poder sancionador, sin este límite de tiempo.

4.7 Por el contrario, la Corte considera que, tal como está estructurada la disposición, no es que no exista un sujeto disciplinable, sino que hay “duda sobre la identificación o individualización del autor de la falta disciplinaria” en esta etapa de indagación preliminar. Es decir, no es que no se conozca en absoluto la identidad de quien realizó el hecho disciplinable, sino que hay “duda” sobre su identificación o individualización, lo que es muy distinto.

En el lenguaje corriente, el término *dudar* no tiene un significado abstracto. No, cuando se habla de que hay duda sobre la participación de alguien en un hecho, sea delictuoso o disciplinable, se hace alusión a que existe una posibilidad de que el hecho hubiere sido cometido por una o varias personas determinadas o a lo menos, con su participación o por su conducta omisiva. Persona o personas que se

encontrarán *sub judice,* por lo menos entre cinco y doce años, según la falta (artículo 30 de la Ley 734 de 2002), término de prescripción de la acción disciplinaria, y durante este tiempo no tienen oportunidad de que en un término cierto y determinado sea resuelta su situación, bien sea porque se decida el archivo de la indagación o el auto de apertura de la investigación disciplinaria, como sí ocurre para los otros eventos que originan la indagación preliminar.

4.8 No cabe duda que en este caso, en aplicación del artículo 29 de la Constitución, debe prevalecer el derecho a tener un debido proceso público sin dilaciones injustificadas frente al derecho del Estado de ejercer su poder sancionador por un período de tiempo indefinido, pues, se repite, no es que se desconozca quién realizó el hecho disciplinable, sino que existen dudas sobre su individualización.

4.9 Debe anotarse que la Corte, en la sentencia C-728 de 2000, se pronunció básicamente sobre este tema, pero desde la órbita contraria, con ocasión de la demanda de una parte del artículo 141 de la Ley 200 de 1995, anterior Código Disciplinario Único. La Corte decidió pronunciarse sobre el hecho de que la indagación preliminar no puede prolongarse por más de seis meses, como lo previó esta disposición. Se alegaba por el actor y el Ministerio Público que el plazo fijado era muy corto y permitía que muchas de las faltas disciplinarias quedaran impunes.

La Corte declaró la exequibilidad de la fijación de este término por el legislador y expresó, concretamente con las dificultades que en un momento dado puede tener en el ejercicio de la facultad sancionadora lo siguiente : *"Evidentemente, es posible que, como lo señalan el actor y el Ministerio Público, se presenten situaciones en las que el lapso de seis meses no sea suficiente para determinar la ocurrencia de la falta disciplinaria o individualizar al servidor público que hubiere intervenido en ella. Sin embargo, en estos casos habrá de respetarse la voluntad del legislador de darle prevalencia al derecho del encartado de no permanecer sub judice y a su objetivo de que se resuelvan con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir, incluso en desmedro de la aspiración de que se haga justicia en todas las ocasiones."* (Sentencia C-728 de 2000)

4.10 Además, en la sentencia C-181 de 2002, la Corte se pronunció en relación con otra disposición del anterior Código Disciplinario, concretamente, respecto del artículo 146 de la Ley 200 de 1995. Allí se discutió un aparte del artículo que dejaba abierta la posibilidad de reabrir la investigación disciplinaria. La Corte señaló lo siguiente:

> *"Es claro de lo dicho que la consagración de etapas dentro del proceso, delimitadas por términos procesales, así como el cumplimiento de los mismos por parte de la autoridad encargada de administrarlos, constituyen la base procedimental fundamental para la efectividad del derecho al debido proceso y para el recto funcionamiento de la administración de justicia. Lo anterior encuentra sustento evidente en la necesidad de cumplir con los principios de celeridad, igualdad, eficacia, economía e imparcialidad, consagrados en el artículo 209 de la*

Constitución Política como principios rectores de la administración pública." (Sentencia C-181 de 2002, M.P., doctor Marco Gerardo Monroy Cabra)

4.11 En conclusión: el legislador debió fijar un plazo razonable para el caso de que exista duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria en la etapa de la indagación preliminar, y, al no hacerlo, se vulneró el artículo 29 de la Constitución, y, por ello, se declarará inexequible la expresión acusada, contenida en el artículo 150, inciso 3, de la Ley 734 de 2002.

4.12 Agregase a lo anteriormente expuesto que la garantía constitucional del debido proceso exige que exista un término definido y preciso que ponga fin a la indagación preliminar y luego a la etapa de investigación disciplinaria, lo cual es claro que se cumple en el inciso cuarto del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 al señalar para aquella un término de seis meses, prorrogable por otros seis cuando se trate de investigaciones por violación a los derechos humanos o al derecho humanitario, por lo (sic) no se entiende cómo cuando existe duda sobre la identificación o individualización por el autor presunto de una falta disciplinaria, en el inciso tercero del mismo artículo se establezca que ella se adelantará por "el término necesario para cumplir su objetivo", es decir, de manera indefinida, con desconocimiento del derecho del presunto autor de la falta sobre quien pesa aún la duda que sin embargo no lo libera del proceso, ni tampoco lo vincula a él para que pueda ejercitar su derecho de defensa.

Doctrina: Procurador General de la Nación - Dr. Edgardo José Maya Villazón -. Fallo de única instancia. Radicación Nº **009-68643-02**.

INDAGACIÓN PRELIMINAR - Amplitud / **TEORÍA DE LOS HALLAZGOS EVENTUALES** - Aplicación

NULIDAD - Solo es procedente cuando se omiten presupuestos procesales

Ignora la providencia recurrida [afirma el impugnante] *que cuando se concede una comisión la competencia se traslada únicamente en el ámbito estricto y restringido contenido en el acto que la otorgó, razón por la que no le es posible al comisionado ampliar la indagación respecto de aspectos, personas o lugares excluidos de los limites determinados por el comitente.*

En el numeral segundo del auto del 22 de febrero de 2002, el Director Nacional de Investigaciones Especiales, en manera alguna decreta otra indagación preliminar, solo porque en el titulo referido al "asunto" epígrafe del auto, se diga apertura de Indagación preliminar, pues ese es el asunto a que se refiere el proveído de cúmplase por el comisionado y es por eso que lo inicia "en cumplimiento de la comisión impartida a esta oficina por el Despacho de señor Procurador General de la

Nación, mediante auto de 21 de febrero de 2002, se dispone la apertura de la indagación preliminar por presuntas irregularidades que puedan atentar contra el normal desarrollo de las elecciones a realizarse en marzo de 2002, en los términos y con los fines previstos en el articulo 138 de la ley 200 de 1995". Fácilmente se impone el concepto de que el auto se dicta es para cumplir con la comisión impartida por el Procurador General conforme lo dispone el artículo 2o de la providencia del 21 de febrero de 2002 y de conformidad con el artículo 7 numeral 20 del decreto 262 del 2000 que estipula "Comisionar a los servidores de la entidad para instruir actuaciones disciplinarias de su competencia o de otras dependencias de la entidad, al igual que para la práctica de pruebas".

Entonces, el auto se refiere es al cumplimiento de la comisión impartida por el Procurador General, y la indagación preliminar que se dictó en este proceso tiene legalmente el margen de amplitud, que desconoce la defensa; se dictó contra servidores públicos indeterminados y, en lo único que existe una eventual limitación conforme al folio 2 del C.O. 1, es en cuanto a servidores de las Delegadas Departamentales de la Registraduría Nacional del Estado Civil, designados en los Departamentos de Cesar, con sede en Valledupar, Magdalena, con sede en Santa Marta, Guajira, con sede en Riohacha y Distrital de Bogotá con sede en Bogotá. Nunca se ha negado que este proveído contenga la especificidad exigida por la defensa en lo que dice relación con el Registrador Delegado en la circunscripción de Cundinamarca, pero ello, fue in extenso explicado en el fallo sancionatorio, se trata, de una sola institución; La Registraduría Nacional del Estado Civil, e igualmente se afirma allí que el artículo 141 de la ley 200/95, advertía que " la indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto la denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos...". No se trata entonces de una conducta adicional, porque nada se le añade ni se le suma al objeto de la indagación, las irregularidades de las elecciones de Marzo de 2002; delimita pero con la amplitud necesaria y legal , para que una vez detectada alguna irregularidad en esas elecciones objeto de la indagación **contra personas por establecer**, en concreto, se diera inicio a la apertura formal, respetando desde luego todas las garantías propias de la Defensa y del Debido proceso, una vez individualizado el posible autor de la falta, cumpliéndose así con el principio de la publicidad a través de la notificación y, con la finalidad obvia de asumirse una defensa material, técnica, integral, única y continua.

Por otra parte, el hecho de no ordenarse en forma concreta en la investigación, a la Delegada de Cundinamarca, no significa en manera alguna nulidad por violación al Derecho defensa o por comprobada existencia de irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, sencillamente porque al hacer la correspondiente valoración entre el hecho y la norma no es viable en absoluto la declaración del operador jurídico de nulitar lo tramitado. En otras palabras, la indagación planteada en esta investigación no constituye un amarraje exegeta inderivable de averiguación a otros funcionarios de la misma institución y, en consecuencia constituir irregularidad sustancial o violación a la defensa por desquiciar las bases de la investigación. Citábamos el artículo 141[360] del

[360] Iván Velásquez Gómez, Manual de derecho disciplinario 2ª edición Pág. 482.

C.D.U. de la ley 200 “interpretando literalmente esta norma si en el curso de la indagación preliminar se vislumbrara la existencia de una conducta adicional (que no es nuestro caso), sería forzoso ordenar una nueva y diferente indagación preliminar que tuviera por objeto acreditar la efectiva realización de esa conducta, lo cual resultaría **“contrario al principio de economía consagrado en el numeral 2o del articulo 76...” (resaltado).**

Así mismo “examinando la teleología de la norma puede concluirse que ella pretende impedir que el investigado sea sorprendido con subsiguientes probables sindicaciones que inicialmente no se le habían formulado vulnerando de tal forma el derecho de defensa”. Circunstancia que no ocurre en este informativo.

Dicho de otra manera, al señor RAMÍREZ nunca se le ha sorprendido con imputaciones de las cuales no haya hecho uso de la defensa, más aún, una vez identificado se procedió a proferir apertura formal de la Investigación y dar aplicación al artículo 80 de la Ley 200 del 1995 y no podía ser antes, pues hasta ese momento se individualizó al infractor.

Con todo lo anterior, desde un principio si bien, no se incluyo a JESÚS RAMÍREZ SALAZAR o a la Delegada de Cundinamarca, fue porque la etapa de indagación ostentaba el carácter de **EVENTUAL** por no existir suficientes elementos de juicio, es decir, había **DUDA** sobre la procedencia formal de la investigación respecto de la ocurrencia de la conducta, y de la individualización o identificación del autor; obvio dentro del marco del mismo objeto e Institución.

Por eso afirmamos en el fallo, que esta conducta lo que implica es la precisión de que el objeto es el mismo en su forma genérica y la falta no podía ser escindible de aquél, dicho sea de paso, es la evidencia de la falta de manera especifica derivada del objeto de la indagación puntualizante de las elecciones de Marzo de 2002.

Finalmente, **la indagación preliminar no es obligatoria ni imprescindible, tampoco constituye requisito de procedibilidad**; sobre este particular punto la Corte Constitucional manifiesta lo siguiente[361] “ bastaría, entonces esta sola explicación, de que no es requisito de procedibilidad, la existencia de la indagación preliminar para que pueda iniciarse la etapa de investigación disciplinaria, para desechar el argumento de la confusión de fines planteada por la acusación, pues si la investigación disciplinaria procede sin que necesariamente se agote, o siquiera se inicie la etapa de la indagación preliminar, los fines de cada una de estas etapas pueden ser semejantes o coincidir en algunos aspectos (...), es decir, que la indagación preliminar es una de las tres causas para abrir investigación disciplinaria...”, las otras serían la información o la queja, desde ese ángulo los principios del debido proceso y de la defensa, se han garantizado verificándose la seguridad jurídica para el disciplinable.

[361] M.P. Alfredo Beltrán sierra, Enero 28 de 2003 (C-036).

Consecuencia de lo anterior, el Director Nacional de Investigaciones Especiales al instruir la investigación y al ordenar la práctica de pruebas con las facultades de subcomisionar y teniendo en cuenta el concepto de la amplitud de la indagación preliminar ya explicado, en absoluto se excedió en las labores asignadas por el comitente, toda vez, que establecida la irregularidad y la individualización previo los informes respectivos, el despacho ordenó la apertura de la investigación, incluso advertíamos en el fallo sobre el contenido de la teoría de los hallazgos casuales[362] "cuando con motivo de realizarse una interferencia en la comunicación privada se descubre **otra conducta delictiva que inicialmente no era la base de la investigación o que sirve como base para su iniciación (no es el caso que nos ocupa, porque la conducta es una de las especies del género que dio origen a la indagación preliminar),** las pruebas que de dicha información se deriven no se encuentran afectadas por la ilicitud, salvo que no exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios; ...". (Resaltado nuestro).

(...)

Además, acota [el impugnante] *que la nulidad interpuesta debió ser decidida en los términos del articulo 147 de la ley 734 de 2002, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de su recibo, y no en el fallo, para que la defensa no se hubiese visto obligada a intervenir en unas pruebas sobre las que pesaba un cargo de nulidad; por lo tanto la decisión tardía constituye un antiprocesalismo, que conlleva una violación al debido proceso y, por ende una nueva causal de nulidad de la actuación disciplinaria.*

La nulidad conduce al efecto de una irregularidad sustancial predicable de la declaración del operador, conforme a las causales establecidas en el código disciplinario, pero siguiendo los criterios determinantes, normativos, rectores y de convalidación, según lo dispone el parágrafo del artículo 143 del CDU ley 734/02, que remite sobre este punto al Código de Procedimiento Penal, título VII articulo 310; sobre la ineficacia de los actos procesales se consagra al numeral 2º ídem "quien alegue la nulidad debe **demostrar** que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el Juzgamiento", aquí no se presentan vicios de rito porque no se rompe la estructura lógica del proceso, tampoco de garantía porque estas prevalecen.

El pretermitir el término establecido en el código disciplinario artículo 147, no afecta en modo alguno la estructura formal del proceso, por eso la decisión se tomó en el fallo, no afectando las garantías del disciplinado, dado que no pierde sus derechos de contradicción, reiteración, decisión e impugnación; es más, este término (cinco días) no constituye presupuesto procesal indispensable para continuar con la etapa siguiente, como si lo es la apertura formal, el pliego de cargos o el fallo para recurrir; lo cual es entendido perfectamente por la defensa al plantear la nulidad, en primer

---

Excepciones a la exclusión de la prueba ilícita, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, pág. 10.

lugar como incidente, y simultáneamente en el libelo de descargos, destacándose en dos oportunidades procesales diferentes.

Sobre este aspecto la doctrina penal se ha referido así:[363] "a su turno bien distintos los presupuestos procesales como requisitos establecidos en la ley, que fijan el desarrollo normal y secuencial del debate dentro de la forma del proceso, derivan en el acto causa de otro y consecuencia de otros, sustentando el binomio, anudado de manera que la falta de uno afecta al otro y en tales condiciones, pierden los efectos buscados; es así, como la vinculación es presupuesto procesal de la definición de la situación jurídica, la resolución de acusación de juzgamiento y la audiencia pública de la sentencia, los presupuestos permiten establecer la validez o eficacia de una decisión con relación a sus consecuencias en derecho del acto procesal, respecto de aquel y en relación con los otros".

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Radicación Nº **011-67618-2002**.

INDAGACIÓN PRELIMINAR - Ordenación y práctica de pruebas / **INDAGACIÓN PRELIMINAR** - Identificación o individualización del autor

Sin lograrse el objeto de la comisión por no encontrarse el expediente en el Batallón a donde inicialmente fue remitido y teniendo una indicación de la posible ubicación del proceso penal requerido, el camino a seguir sería ordenar una nueva comisión; sin embargo, de conformidad con el término perentorio señalado en el artículo 150 de la ley 734 de 2002, no se puede prorrogar por más tiempo la etapa de indagación preliminar, pues en ésta "la ordenación y práctica de pruebas, (...) debe hacerse dentro de los términos previstos" (Resolución N° 191/03 Guía Disciplinaria), en consonancia con las sentencia C-728/00 y 036/03, en las que la Corte Constitucional reitera la obligación de respetar al legislador sobre tales previsiones, no obstante que estas diligencias se han prolongado por más de un año.

Así las cosas, es necesario proceder a la evaluación de las mismas, para determinar la apertura de investigación si existen los requisitos para ello o el archivo en su lugar.

El artículo 152 ibídem, indica que el inicio de la investigación disciplinaria procede cuando esté identificado el posible autor de la falta disciplinaria. En el caso de marras, la doctora (...) está señalada como posible autora de las irregularidades que en forma genérica le atribuyó la Procuradora Judicial en su concepto.

[363] Inexistencias y nulidades en materia penal. Colección de Pensamiento Jurídico número 6. Jairo Salgado Quintero. Instituto de estudios del Ministerio Público. Pág. 46.

Sin embargo, es claro que en el trámite de un expediente intervienen varios servidores y del concepto rendido por la señora Procuradora Judicial no es posible establecer con certeza, en cabeza de cuál funcionario radica la comisión de las irregularidades denunciadas. Esa fue la razón por la cual se ordenó la apertura de indagación preliminar.

Por lo tanto, pese a los esfuerzos realizados por esta Delegada, no ha sido posible cumplir, dentro del término fijado por la ley, con el objeto de la indagación preliminar, que era precisamente establecer las posibles faltas en que se pudo incurrir en el trámite del proceso penal radicado con el número (...) y menos aún se pudo determinar si las mismas eran atribuibles a la doctora (...), en su condición de Auditora Auxiliar de Guerra, motivo por el cual se debe proceder al archivo de estas diligencias preliminares, en la medida en que no se reúnen los requisitos básicos para dar inicio a la investigación disciplinaria.

La importancia de la atribución de la posible comisión de una falta disciplinaria a una persona en concreto la puntualiza la Corte Constitucional en sentencia C-036 del 28 de enero de 2003, en la que precisa que los requisitos para dar inicio a la investigación disciplinaria son "...un autor conocido y la certeza sobre la comisión de una falta disciplinaria..." (Subrayado y negrillas fuera de texto).

De conformidad con lo anterior se dispondrá el archivo de las presentes diligencias al no haber sido posible establecer dentro del término legal de que se disponía para ello, que la implicada incurrió en la comisión objetiva de falta disciplinaria."

En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.

Jurisprudencia: El artículo 141 de la Ley 200 de 1995 establecía:

"Artículo 141.- TÉRMINO. Cuando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses.

La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos; al vencimiento de este término perentorio el funcionario sólo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente."

El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-728/00**.

INDAGACIÓN DISCIPLINARIA - Contenido **/ INDAGACIÓN PRELIMINAR EN PROCESO DISCIPLINARIO** - No es obligatoria

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA - Etapas y términos procesales **/ LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA** - Límites

INDAGACIÓN PRELIMINAR EN PROCESO DISCIPLINARIO - Término **/ CORTE CONSTITUCIONAL** - Función de controlar excesos en la legislación

II. Cargos de la demanda

Afirma el actor que la norma atacada vulnera el debido proceso. Señala que como consecuencia de la norma, "una vez vencido el término para adelantar la indagación preliminar, el funcionario 'sólo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente', con lo cual no se responde a la dinámica misma de la actuación disciplinaria, en cuanto es previsible que durante el tiempo estimado para realizar la indagación preliminar, el cual es improrrogable, no se logre establecer la existencia de la falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma, con lo cual se estaría estableciendo una caducidad anticipada y en el evento en que aparecieran otros indicios o pruebas que permitieran abrir la investigación disciplinaria no sería posible porque el expediente por esos hechos ya fue archivado definitivamente".

(…)

El problema jurídico

1. El actor considera que la expresión *definitivamente,* consagrada en el inciso segundo del artículo 141 del Código Disciplinario Único, vulnera la Constitución, por cuanto conduce a que muchas conductas desarrolladas por los servidores públicos en contra de los intereses del Estado queden impunes. Estima que el vocablo acusado quebranta el debido proceso, dado que no permite que se reabra la investigación cuando se han obtenido nuevas pruebas o conocido nuevos hechos que arrojan una luz diferente sobre el caso, luego de transcurrido el reducido término de los seis meses para realizar la indagación preliminar.

2. El apoderado del Ministerio de Justicia y el Derecho aboga por la exequibilidad del vocablo cuestionado. Al contrario del actor considera que el término de seis meses para realizar la indagación preliminar es suficiente y afirma que lo que se persigue con el archivo definitivo del proceso luego de transcurridos los seis meses sin que se ordene la apertura de la investigación disciplinaria es garantizar el principio del *non bis in ídem*.

3. El representante del Ministerio Público asevera que la locución demandada es irrazonable y conduce a una denegación de justicia. Considera que si bien en algunos casos debería procederse al archivo del expediente, este archivo no puede ser definitivo, sino provisional. Además, estima irrazonable que en la indagación preliminar se proceda al archivo definitivo del expediente cuando, una vez transcurridos los seis meses, no se encuentra mérito para ordenar la apertura de la investigación disciplinaria, mientras que en la propia investigación solamente se dispone el archivo provisional cuando se supera el término concedido para realizar la evaluación de la misma y determinar si se presentan cargos o se archiva el proceso.

La norma por analizar

4. La demanda del actor se restringe al vocablo "definitivamente", contenido en el inciso segundo del artículo 141. Sin embargo, su acusación se relaciona íntimamente con el hecho de que la indagación preliminar no puede prolongarse por más de seis meses. El actor considera que este término es demasiado corto y que, por consiguiente, puede ser proclive a generar impunidad, dado que una vez ha transcurrido el plazo debe procederse al archivo definitivo del expediente, si no hay suficientes elementos para abrir una investigación.

Lo anterior significa que el estudio constitucional no puede restringirse a la locución "definitivamente", sino que debe extenderse también a los apartes del artículo que señalan cuál es la duración de la indagación preliminar y cuáles son las consecuencias que se derivan del agotamiento del término.

En consecuencia, el examen de constitucionalidad versará sobre los siguientes apartes del artículo 141 del CDU: "Cuando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses (...) al vencimiento de este término perentorio el funcionario sólo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente."

El problema jurídico

5. Se trata de establecer si vulneran la Constitución las normas del artículo 141 del Código Disciplinario Único que prescriben que el término de la indagación preliminar no puede exceder los seis meses y que cuando se vence ese plazo la autoridad disciplinaria deberá archivar definitivamente el expediente, si no existe mérito para abrir la investigación.

6. El artículo 144 del Código Disciplinario Único establece que cuando “... el investigador encuentre establecida la existencia de una falta disciplinaria y la prueba del posible autor de la misma, ordenará investigación disciplinaria.” Sin embargo, no en todos los casos la queja o el informe disciplinario arrojan claridad sobre la existencia de una falta disciplinaria y sobre el posible autor de la misma.

Precisamente para sortear estas situaciones es que se autoriza al investigador ordenar una indagación preliminar. El artículo 138 del CDU establece que “[e]n caso de duda

sobre la procedencia de investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.” Esta tiene como fin, según señala el artículo 139, “verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria e identificar o individualizar al servidor público que haya intervenido en ella.”

Lo anterior significa que la etapa de la indagación preliminar no siempre debe surtirse, es decir, que no es imprescindible ni obligatoria. Ella deberá cumplirse solamente cuando la autoridad disciplinaria no tenga certeza acerca de la existencia de los hechos, de sí ellos constituyen realmente una falta disciplinaria y de quién podría ser el servidor público que podría hacerse merecedor de una sanción disciplinaria. Al respecto se señaló en la sentencia C-430 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell: “La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria...”

7. El artículo 141 del Código Disciplinario Único prescribe que la indagación preliminar no puede prolongarse por más de seis meses, y que al vencimiento de este término perentorio el funcionario sólo podrá, bien abrir la investigación, o bien archivar definitivamente el expediente. El actor y el Procurador acusan de inconstitucional la obligación de archivar definitivamente el expediente cuando, luego de transcurridos los seis meses de la indagación, no existen suficientes elementos para abrir la investigación. En su concepto, la orden de archivar definitivamente el expediente conduce a que en muchas ocasiones se deje de impartir justicia, por cuanto el término de seis meses es demasiado corto para poder culminar exitosamente todas las indagaciones. Por eso, el archivo debería ser provisional, lo que indica que el expediente podría reabrirse en cualquier tiempo, si no ha transcurrido el período de la prescripción, en caso de que se conozcan hechos o pruebas nuevos.

8. En principio, el legislador goza de la libertad de configuración normativa para establecer los distintos procedimientos judiciales y administrativos (C.P., art. 150, num. 1 y 2). Corresponde al Congreso, entonces, entre otras cosas, fijar las etapas de los diferentes procesos y establecer los términos y las formalidades que deben cumplir. Sin embargo, en esta labor el legislador tiene ciertos límites, representados fundamentalmente en su obligación de atender los principios y fines del Estado y de velar por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Un ejemplo de los límites del Congreso a este respecto se observa en la sentencia C-412 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 324 del decreto N° 2700 de 1991, que regulaba la duración de la investigación previa. El artículo señalaba que "[l]a investigación previa se desarrollará mientras no exista prueba para dictar resolución inhibitoria o mérito para vincular en calidad de parte al imputado. En este último caso se dictará resolución de apertura de instrucción." En el fallo, la Corte consideró que los términos tienen un

contenido garantista en favor de los encartados y que la inexistencia de alguno para la realización de la investigación previa constituía una violación al debido proceso[364]:

> "[E]s forzoso concluir que no se aviene al debido proceso y, por el contrario, lo niega, la configuración de una etapa investigativa carente de término. Se contraviene la idea medular del proceso que se sustenta en la esencialidad y en la previsibilidad de las formas, pues, una etapa indefinida en el tiempo no canaliza ni puede servir de molde idóneo a la actividad del Estado que reclama disciplina y orden y que, en la investigación del delito debe avanzar de manera progresiva y a través de una serie de actos vinculados entre sí y orientados hacía un resultado final que necesariamente se frustraría si a las diferentes etapas no se les fija término, más aún si son contingentes y puramente instrumentales como acaece con la investigación previa.
>
> "El ejercicio anticipado del derecho constitucional al debido proceso (CP art. 29), correlativo al desarrollo de la función investigativa y punitiva del Estado, proscribe la actuación investigativa que se prolongue indefinidamente en el tiempo. La ausencia de término específico para la investigación previa, legitima constitucionalmente las más excesivas dilaciones toda vez que su finalización podría coincidir con el momento de la prescripción de la acción penal. Aparte de que esa eventual arbitrariedad - convalidada por la norma legal acusada - obliga al investigado a soportar una excesiva carga anímica y económica, representa para el Estado costos nada despreciables en términos de recursos humanos y materiales...
>
> "(...) Dado que es en el proceso donde con mayor intensidad y plenitud de garantías puede participar el imputado, la investigación previa debe tener un período razonablemente breve, circunscribirse a asegurar las fuentes de prueba y a verificar el cumplimiento de los presupuestos mínimos que se requieran para ejercer la acción penal, que es precisamente lo que se echa de menos en la disposición acusada."

Como se observa, en la providencia aludida la Corte consideró que el principio del debido proceso exigía que la etapa de la investigación previa en materia penal tuviera un término cierto y preestablecido. Esa conclusión cabe también para la etapa de la indagación preliminar en materia disciplinaria, en razón de que estas dos ramas del derecho - la penal y la disciplinaria - hacen parte del mismo derecho sancionatorio. Pero el problema que se analiza en este aparte es precisamente el contrario del que se examinó en la sentencia C-412 de 1993: si allí se debatía acerca de la

---

[364] El artículo 41 de la ley 81 de 1993 le fijó un nuevo contenido al artículo 324 del Código de Procedimiento Penal. Esa nueva versión fue luego reformada en la frase final del inciso primero por el numeral 19 de la ley 504 de 1999. Los incisos 1° y 2° del artículo establecen que "[l]a investigación previa, cuando exista imputado conocido, se realizará en un término máximo de dos (2) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de investigación o resolución inhibitoria. Cuando no existe persona determinada continuará la investigación previa, hasta que se obtenga dicha identidad..."

constitucionalidad de una indagación preliminar sin límites de tiempo, en esta ocasión se discurre acerca de si es constitucionalmente válido establecer un término reducido para la misma indagación.

9. En realidad, en este tipo de controversias se trata de establecer si en las indagaciones preliminares debe prevalecer el derecho a la justicia - en el sentido de que se logre determinar los hechos, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas - o el derecho del encartado a que se resuelva rápidamente sobre las sospechas que recaen sobre él - es decir, el derecho a no estar permanentemente *sub judice* - y el interés del Estado en fijarle plazos perentorios a los procesos que adelanta. La prevalencia en este tipo de conflictos no se puede plantear *a priori*, sino que se decide con base en la constelación de normas o de hechos existentes.[365]

En el problema que se analiza, el legislador decidió que el término para la indagación preliminar fuera solamente de seis meses y que una vez que él hubiera transcurrido había de abrirse la investigación o de archivarse definitivamente el expediente. El actor y el Ministerio Público consideran que el plazo fijado es muy corto y que él permitirá que muchas faltas disciplinarias queden impunes.

La Corte considera que el término fijado sería inconstitucional si fuera claramente insuficiente para realizar una indagación preliminar. Un término excesivamente abreviado impediría realizar una indagación con posibilidades de ofrecer resultados concretos, y ello convertiría a la indagación preliminar en un trampolín para garantizar la impunidad en los casos en que se considerara necesario agotar esta etapa. Sin embargo, un término de seis meses no aparece *prima facie* como insuficiente para practicar la indagación preliminar, puesto que el objeto de ésta no es adelantar la investigación y el juicio mismo, sino establecer si se presentó una actuación que podría constituir una falta disciplinaria y a quién podría imputársele la autoría de esa conducta.

Tres consideraciones adicionales permiten apreciar que el término no es a primera vista insuficiente: la primera es que el lapso de los seis meses no comprende el tiempo necesario para la evaluación de las pruebas recopiladas durante el período de indagación, lo que permite que ese período sea utilizado íntegramente para la recopilación de pruebas. La segunda, que en aquellos casos en los que el Procurador General de la Nación considere que un proceso es de importancia para la Nación y que exige un mayor tiempo de pesquisa previa bien puede asignárselo a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, tal como lo señala el literal a) del artículo 11 de la Ley 201 de 1995, con lo cual el período de indagación preliminar puede incrementarse en otros seis meses, como lo precisa el artículo 142 del CDU; y la tercera, que, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 27 de la Ley 24 de 1992, el Ministerio Público debe inadmitir aquellas quejas que considere que carezcan de fundamento, lo que significa que la autoridad de control disciplinario bien puede

[365] Para abundar sobre el tratamiento que se debe brindar a los conflictos entre derechos y fines constitucionales ver, entre otras, la sentencia C-475 de 1997, F.J. 4

concentrar su actividad en las denuncias en las que se observe que existe posibilidad de culminar con éxito la indagación preliminar.

Evidentemente, es posible que, como lo señalan el actor y el Ministerio Público, se presenten situaciones en las que el lapso de seis meses no sea suficiente para determinar la ocurrencia de la falta disciplinaria o individualizar al servidor público que hubiere intervenido en ella. Sin embargo, en estos casos habrá de respetarse la voluntad del legislador de darle prevalencia al derecho del encartado de no permanecer *sub judice* y a su objetivo de que se resuelvan con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir, incluso en desmedro de la aspiración de que se haga justicia en todas las ocasiones.

10. El juez constitucional no está llamado a determinar cuáles deben ser los términos que se deben cumplir dentro de los procesos. La misión de la Corte en estos casos es, en realidad, la de controlar los excesos que se puedan presentar en la legislación. Y en este caso, si bien podría aceptarse que el término fijado por el legislador puede ser muy corto en algunas ocasiones, debe concluirse que la voluntad del legislador no es irrazonable ni amenaza con inminencia los fines del Estado o los derechos fundamentales de los ciudadanos, razón por la cual habrá de respetarse.

11. Pudiera argüirse que al fijar en seis meses el término al cabo del cual debe archivarse definitivamente el expediente, el legislador restringió de manera irrazonable y desproporcionada la posibilidad de hacer justicia, en beneficio de la impunidad, pues bien puede ocurrir que con posterioridad al vencimiento de ese término aparezcan pruebas concluyentes acerca de la existencia del hecho contraventor del régimen disciplinario y del autor del mismo. Pero tal argumento pierde toda su fuerza persuasiva, si se repara cuidadosamente en dos circunstancias: 1) Que la investigación preliminar sólo se justifica cuando el funcionario que debe investigar tiene alguna duda acerca de sí la investigación es procedente (art. 138), y seis meses parecen suficientes para disiparla, puesto que, en vista de esa finalidad, lo que se exige no es una recolección exhaustiva y demandante de elementos probatorios, sino apenas la obtención de alguno que indique que el hecho que fue objeto de denuncia, de queja o iniciación oficiosa, en realidad ocurrió y quién pudo ser el responsable; y 2) Que en aras de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones provisorias no persistan indefinidamente, es necesario establecer para ellas un límite temporal, que el legislador debe evaluar, ponderando la necesidad de preservar el interés general implícito en ella, con el que puede sacrificarse en caso de aparecer, con posterioridad al vencimiento del término preclusivo, pruebas indicativas de que alguien debía ser sancionado por hechos atentatorios a la disciplina.

A juicio de la Corte, en vista de las circunstancias específicas que acaban de exponerse, en ese juicio evaluativo y en la ponderación de los intereses eventualmente en conflicto, el juez constitucional no puede subrogarse al legislador. Pero es que además, los juicios de uno y otro, en el caso bajo examen, resultan coincidentes.

Por esas razones la Corte declarará exequible la disposición acusada (este numeral fue redactado por el Magistrado Carlos Gaviria Díaz).

Doctrina: Sala Disciplinaria. Radicación Nº **165-08575 (161-00630)**

> **INDAGACIÓN PRELIMINAR** - Término no comprende la evaluación de pruebas / **INDAGACIÓN PRELIMINAR** - Las pruebas practicadas fuera del término no serán consideradas válidas
>
> **PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA** / **CONTRATACIÓN DIRECTA** - Excepción a la escogencia del contratista por licitación pública / **FRACCIONAMIENTO DE CONTRATO** / **ERROR INVENCIBLE** - Improcedencia
>
> **INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA** - Nulidad parcial por falta de notificación del Auto de Apertura

Objetivamente se encuentra demostrado, que entre la expedición del auto de apertura de indagación preliminar y el de Apertura de formal averiguación disciplinaria transcurrieron aproximadamente veinte (20) meses, toda vez que, el primero de ellos fue proferido el 05 de septiembre de 1997 (fl. 98), mientras que el segundo lo fue el 12 de mayo de 1999 (fl. 331), término que como lo afirma el impugnante, supera los seis (6) meses establecidos en el artículo 141 del CDU.

Tampoco desconoce esta instancia que la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-728 del 21 de junio de 2000 declaró exequible el aparte *"Cuando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses",* por tal razón la Procuraduría **Auxiliar mediante oficio PAD No. 7722 del 21 de diciembre de 2000**, señaló en juicioso estudio jurídico que, ha de acatarse tal pronunciamiento por ser de obligatorio cumplimiento y de efectos erga omnes, pero teniendo en cuenta lo siguiente:

1. *Si transcurridos los seis (6) meses después de dictado el auto de indagación preliminar, pero se alcanza a recopilar todas las pruebas dentro de ese término, se puede hacer la evaluación respectiva y dictar auto de apertura de investigación o de archivo definitivo según el caso. Esta interpretación surge de lo dicho por la Corte, en la parte motiva de la sentencia y sirve como criterio auxiliar para la aplicación de la misma: "... es que el lapso de los seis meses no comprende el tiempo necesario para la evaluación de pruebas recopiladas durante el período de indagación, lo que permite que ese período sea utilizado íntegramente para la recopilación de pruebas..."*

2. *Si, por el contrario, transcurren los seis (6) meses y no se recauda una sola prueba en dicho lapso, debe dictarse el auto de archivo definitivo siempre y cuando no haya otros elementos que permitan abrir la investigación.*
3. *Si se practican pruebas fuera del término de los seis (6) meses no serán consideradas válidas y, por tanto, se debe decretar el auto de archivo definitivo. Pero, si existen más pruebas, recaudadas dentro del término de los seis (6) meses, éstas se evaluarán y se dictará el auto de apertura de investigación disciplinaria o el archivo definitivo, según el caso."*

Así, de la revisión del proceso disciplinario radicado con el número 165-08575, se infiere sin lugar a duda que las pruebas fueron practicadas dentro del término de los seis meses establecido por la Ley para la indagación preliminar, veamos:

- La indagación preliminar fue ordenada el día 05 de septiembre de 1997 y en ella se ordena la práctica de pruebas.
- En la misma fecha se oficia al Director Jurídico del Departamento para que remita copia de las propuestas que dieron origen a los contratos 027, 028 y 29 (fl. 102)
- El 05 de septiembre de 1997, se oficia al Jefe de Presupuesto Departamental para que remita copia del presupuesto de 1997, y le solicita informe cual era la mínima y menor cuantía establecida por la ley 80 de 1993 a marzo 31 de marzo de 1997.
- Con fecha 8 de septiembre de 1997, el Jefe de la División Financiera remite a la Procuraduría Departamental copia del presupuesto y oficio en el que se hace constar la contratación para menor cuantía en $34.401.000 (fl. 104 a 157).
- El 11 de septiembre de 1997, el Director del Departamento Jurídico remite a la Procuraduría departamental San Andrés, copia de los contratos 027, 028, 029 con sus correspondientes anexos, así como copia del Acta No. 004 de febrero 26 de 1997 de la Unidad Asesora de Licitaciones y Adjudicaciones de la cual aprobó la celebración de dichos contratos. (FL. 159 a 269).
- El 23 de septiembre de 1997, el doctor Stephens rinde versión libre y espontánea (fl. 276)
- El 8 y 16 de octubre de 1997, se recibe declaración juramentada a los señores Clara Pettina Turconi (fl. 282), John Jairo Obando Ospina (fl. 308), Monseñor Antonio Ferrándiz Morales (fl. 314).
- Finalmente el 08 de noviembre de 1997, perfeccionada la indagación preliminar y sin practicarse ninguna otra prueba, la Procuraduría Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, remite el presente disciplinario a la Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal cuya primera decisión es la de proferir auto de apertura de investigación disciplinaria el 12 de mayo de 1999.

El acervo probatorio relacionado precedentemente, permite inferir a esta instancia, sin lugar a duda, que las pruebas fueron practicadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la apertura de indagación preliminar y en consecuencia la investigación disciplinaria adelantada contra el Doctor Manuel Stephens se ajusta a los principios rectores del debido proceso, no procediendo entonces, la solicitud de nulidad impetrada, razón por la que se niega,

(...)

Como reiteradamente lo ha expresado esta Sala Disciplinaria, el Estatuto Contractual vigente, consagró el principio de transparencia especialmente para la etapa de formación del contrato así:

"Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1º. La Escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en las que se podrá contratar directamente: a) Menor cuantía para la contratación. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales..."

Así, los procesos de selección del contratista constituyen el punto central del principio de transparencia y selección objetiva que regula la ley 80 de 1993, razón para que la administración no pueda escoger libremente a las personas con las cuales va a contratar, y por la que debe sujetarse a la normatividad en cita que consagra dos formas para contratar: La directa y la licitación o concurso público, cada una perfectamente reglada.

Es pues, la contratación directa la excepción a la escogencia del contratista por licitación pública y se determina por la cuantía y por la naturaleza del contrato, en el caso de la celebración de contratos de Suministro e instalación de obra, como el caso que nos ocupa, preferencialmente por la cuantía, es decir, por los montos establecidos en la ley expresados en salarios mínimos para la entidad territorial, pero dependiendo de su presupuesto, incluidas las adiciones presupuestales, presupuesto que además esta en relación directa con el Plan de desarrollo, que para el caso de las entidades territoriales, esta constituido por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo en los términos que establezcan las asambleas departamentales, como en el caso de autos.

Es ajena, entonces, la figura del "Fraccionamiento", al nuevo estatuto contractual ya que no se encuentra allí regulada, pero mantiene parte de su vigencia en la consagración del principio de transparencia en cuanto que una y otro refieren a la forma como ha de escogerse el contratista.

La expedición de la ley 80 de 1993, quiso introducir nuevas e importantes variaciones para hacer de los contratos administrativos, una herramienta eficiente en la consecución de los fines del estado, y por ello consagró principios tan importantes como el de transparencia y el de selección objetiva el cual debe ser analizado, no solo desde el punto de vista del presupuesto general de la entidad territorial, sino también desde el punto de vista de la Asignación del presupuesto o recurso para la ejecución del proyecto o de la obra, y su concepción dentro del Plan de Desarrollo.

(...)

Los datos consignados en cada uno de los contratos, permiten a esta Sala Disciplinaria afirmar con certeza que objetivamente se encuentra demostrada la realización material del hecho y su irregularidad, esto es, la celebración de tres (3) contratos para el suministro e instalación de módulos en las dependencias de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva en razón a que los tres tienen identidad de objeto, fueron celebrados en el mismo ciclo de tiempo y finalmente tenían asignado un mismo presupuesto, es decir, es una sola la partida presupuestal: Secretaria de Hacienda y Comercio, programa 2.1.5.2 Gastos Generales, subprograma 02 denominado Compra de Equipos, y cuyas cuantías superan la menor cuantía establecida para la época de los hechos $68.802.000 (fl. 104), razón por la cual el proceso de selección del contratista no podía llevarse a cabo a través de contratación directa, sino de licitación pública.

Se equivoca el recurrente al pretender que la responsabilidad por dicha selección recaiga sobre el Secretario de Hacienda, con el argumento que fue en esa dependencia que se coordinó y tramitó en su integridad la etapa precontractual y la escogencia de contratista y que solo intervino en la etapa de celebración del contrato, toda vez que, quien ocupa el cargo de gobernador de un departamento, ostenta igualmente la calidad de representante de la entidad territorial y Jefe de la Entidad Territorial, sobre quien la ley de contratación radicó la responsabilidad de la dirección, manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, indicando en forma clara que no podrá trasladarla a los comités asesores, máxime cuando como en el evento en examen, no se produjo delegación formal de funciones del gobernador en el Secretario de Hacienda.

Señala igualmente, que actuó con el convencimiento de que el procedimiento contractual, gestionado y coordinado por el Secretario de Hacienda se ajustaba en su integridad y totalidad a la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, es decir, propone la existencia de una causal de justificación de su conducta.

Nuestro Código Disciplinario, consagró en su artículo 23 las causales de justificación de la conducta, entre las cuales se encuentra la de realizar la conducta *"4. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria"*

Nótese que para que el error pueda ser considerado como causal de justificación debe ser invencible, requisito que no se presenta en la conducta del doctor Stephens, porque allí el presunto error, no era invencible, bastaba con revisar con diligencia y cuidado que la celebración de los tres contratos superaban la mínima cuantía, y que dada la identidad de objeto así como de partida presupuestal, imperaba la necesidad de la licitación pública.

Por consiguiente no es posible para la Sala Disciplinaria, aceptar como causal de justificación de la conducta reprochada el error alegado, porque la opinión falsa a la que

pudo haber llegado el disciplinado sobre la contratación directa, fue consecuencia de la falta de revisión mínima que en su calidad de director del proceso contractual debía realizar a los asuntos que legalmente le corresponden en tal calidad, específicamente en materia contractual, omisión que denota negligencia grave en el cumplimiento de sus funciones y en el deber de cuidado que le era exigible, dada la jerarquía del cargo que ocupaba y su especial función en cuanto a los procesos de selección de contratistas.

Con la conducta omisiva probada, atentó contra el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de la entidad territorial, en cuanto a la eficacia y eficiencia que las deben caracterizar, a los procesos de selección de contratistas que allí se realicen.

Lo anterior es suficiente para rechazar las pretensiones del recurrente, en cuanto a la existencia de causal de justificación y ausencia de daño en la conducta de la disciplinada, por lo cual se mantienen incólumes los reproches elevados en el auto de cargos de fecha 19 de agosto de 1999, así como la calificación que de la conducta se hace en el mismo como grave por encontrar que en ella concurre el elemento subjetivo de la culpa. (fl. 368 a 380)

(...)

Pero la solicitud de nulidad impetrada por el disciplinado Andrés Brandt, no se limitó a las dos anteriores causas, sino que alegó también **falta de notificación del Auto de Apertura de Investigación,** omisión que se encuentra debidamente demostrada, y que como lo afirma el recurrente desconoce lo ordenado por el artículo 80 de la Ley 200 de 1995 e impide el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales fundamentales a la defensa, de contradicción y al debido proceso, y por lo tanto, contrario sensu a la posición del operador disciplinario de primera instancia, genera la nulidad de lo actuado, máxime si se tiene en cuenta que el disciplinado advirtió de tal irregularidad en el escrito de descargos.

Corrobora lo anteriormente expuesto, la Sentencia C-892 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, en la que dejó sentado:

"Las notificaciones judiciales y administrativas, constituyen un acto material de comunicación, a través de las cuales se pone en conocimiento de las partes o trámite judicial o administrativo, de manera que se puedan garantizar los principios de publicidad y contradicción y, sobre todo, cumplen la función de prevenir que se pueda afectar a alguna persona con una decisión sin haber sido oída, con violación del principio constitucional al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Carta. (...)

Como quiera que indiscutiblemente, con el proceso disciplinario se afectan derechos de los sujetos que se investigan, no solamente porque se concluya en la imposición de una sanción determinada, sino por el sólo hecho de encontrarse vinculado a un proceso, esto obliga al Estado a establecer unos límites que se traducen en la protección de los derechos del disciplinado, entre los cuales se encuentran, entre otros, en las

posibilidades de ejercer su derecho de defensa. Ello requiera la existencia de procedimientos adecuados de publicidad del proceso, desde su inicio y durante la duración del mismo, para hacer efectivo el principio de contradicción, una de cuyas manifestaciones más enérgicas la constituye el derecho a impugnar las providencias, ya sea al discutir su validez a través del instituto de las nulidades, ora discutiendo la eficacia de aquellas, para lo cual se consagran por el legislador los recursos contra ellas."

En sentencia C-013 del 17 de enero de 2001, Magistrado Ponente Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez, al dilucidar si a la luz del principio del debido proceso y del derecho de defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, puede subsistir la facultad del funcionario investigador para recibir o no exposición espontánea del investigado, indicó en forma clara y precisa, que al disciplinado le asiste el derecho de que una vez tenga conocimiento de la existencia de una investigación disciplinaria en su contra y antes que se le formulen cargos, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba la exposición espontánea, lo cual implica sin lugar a duda, que al disciplinado Andrés BRANDT se le desconoció tal derecho, al omitir comunicársele la apertura de investigación disciplinaria, lo cual hizo nugatorio su derecho de defensa y el debido proceso, y generándose con ello la nulidad parcial de lo actuado con posterior a la expedición del auto de apertura de formal investigación disciplinaria, única y exclusivamente en lo que respecto del señor Andrés Brandt, razón por la que esta Sala Disciplinaria procederá a decretarla.

Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos *y podrá oír en exposición libre al disciplinado* ~~que considere necesario~~ para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados.

Jurisprudencia: La Corte Constitucional ha proferido los siguientes fallos con respecto a este inciso.

1.- Mediante sentencia **C-036/03** ordenó estarse a lo resuelto en la providencia **C-892/99**. En ella declaró INEXEQUIBLE la expresión "que considere necesario" contenida en el artículo 140 de la Ley 200 de 1995, el cual, en lo demás, fue EXEQUIBLE en los términos de la misma sentencia.

El artículo 140 de la Ley 200 de 1995 establecía:

"Artículo 140. Facultades en la indagación.- Para el cumplimiento de los fines de la indagación preliminar, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición

espontánea al servidor público ~~que considere necesario~~ para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en el hecho investigado."

2.- En sentencia **C-1076/02** la Corte Constitucional declaró EXEQUIBLE la expresión "*y podrá oír en exposición libre al disciplinado*".

A continuación se transcriben los apartes sustanciales pertinentes:

SENTENCIA C-892/99

> **PROCESO DISCIPLINARIO** - Exposición espontánea del servidor público que se considere necesario

4.6. Artículo 140 de la Ley 200 de 1995.

Según el demandante la norma acusada, no se ajusta a los postulados del debido proceso, toda vez que, el derecho a ser oído se constituye en una facultad discrecional del investigador y, no como un derecho del disciplinado.

En relación con la discrecionalidad con que cuenta el servidor público que adelanta una investigación disciplinaria, respecto del derecho que tiene el investigado a ser escuchado en exposición espontánea, esta Corporación precisó que no se trata de una facultad "discrecional" del investigador, sino que por el contrario, **se trata de un derecho del disciplinado.**

Manifestó la Corte Constitucional, en sentencia C-430 de 1997, lo siguiente:

"Interpretada en su contexto literal podría dar lugar a que se piense que con anterioridad a la investigación, esto es, dentro de la indagación preliminar no es procedente la rendición de dicha exposición. Sin embargo, el criterio de la Corte es bien diferente, pues considera que dentro de dicha indagación es posible que el inculpado pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional, disciplinaria sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia. Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria.

"Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa

como en la investigación y en el juicio, por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar".

Ahora bien, de la lectura atenta del artículo 140 del Código Disciplinario Único, se tiene que el investigador "...podrá oír en exposición espontánea **al servidor público que considere necesario** para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en el hecho investigado" (negrillas fuera de texto). Ello significa que, cuando no existe una persona claramente definida o, lo que es lo mismo, no se tiene certeza sobre el posible autor de la falta disciplinaria, el servidor público que tiene a su cargo el esclarecimiento real de los hechos que dieron lugar a la queja, puede acudir a los medios de prueba que considere pertinentes, sin que ello autorice al funcionario investigador a negarse a oír al servidor público que así lo solicite si este último lo estima pertinente, pues, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si un servidor público tiene conocimiento de que su conducta puede resultar comprometida en virtud de una queja o denuncia instaurada y, solicita al funcionario investigador la recepción de la exposición espontánea, en aras de ejercer su derecho de defensa, tendrá que ser escuchado, sin que esta solicitud quede sujeta a la discrecionalidad del investigador.

Así las cosas, de conformidad con lo expuesto, habrá de declararse la inexequibilidad del artículo 140 del Código Disciplinario Único, en cuanto hace referencia a la expresión "que considere necesario", norma que es exequible en lo demás, bajo el entendido de que se es oído en exposición espontánea, cuando así se solicita por un servidor público para fines de la investigación preliminar, constituye para éste el legitimo ejercicio del derecho de defensa como posible investigado, el cual no se encuentra sujeto a la discrecionalidad del funcionario investigador, en ningún caso.

SENTENCIA C-1076-02

DERECHO DE DEFENSA - Versión libre

Por otra parte, en cuanto a la expresión *y podrá oír en exposición libre al disciplinado* contenida en el inciso quinto del artículo 150 de la Ley 734 de 2002, considera la Corte que aquélla no vulnera el derecho de defensa del disciplinado, por cuanto se trata de una facultad constitucionalmente válida de que dispone la autoridad competente que adelanta la indagación preliminar, la cual debe ser ejercida de manera racional y estar encaminada a cumplir con los fines de esta etapa del procedimiento disciplinario ordinario, cuales son: verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una determinada causal de exclusión de la responsabilidad.

En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *y podrá oír en exposición libre al disciplinado* contenida en el inciso quinto del artículo 150 de la Ley 734 de 2002.

Jurisprudencia: El inciso 1° del artículo 147 de la Ley 200 de 1995 establecía:

"ARTICULO 147. OPORTUNIDAD PARA RENDIR EXPOSICIÓN. Quien tenga conocimiento de la existencia de una investigación disciplinaria en su contra y antes de que se le formulen cargos, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba la exposición espontánea; ~~aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite~~."

El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE y el texto tachado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-430/97**.

PROCESO DISCIPLINARIO - Oportunidad para rendir exposición espontánea

1. Planteamiento del Problema.

El art. 147 desconoce también el debido proceso, porque limita excesivamente la oportunidad para rendir exposición espontánea, si se tiene en cuenta que ella no es viable durante la investigación preliminar y que su recepción depende de la voluntad del funcionario investigador.

(…)

2.7. Según el demandante la norma del art. 147 desconoce el derecho de defensa del investigado, en la medida en que queda a discreción del funcionario la recepción o no de la exposición espontánea, cuando ella constituye un derecho que tiene el investigado, y porque la oportunidad para rendir dicha exposición se restringe a partir de la apertura de la investigación disciplinaria, y en todo caso antes de que se le formulen cargos, con lo cual se lesiona su derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

La disposición acusada se encuentra incluida dentro de las normas del Capitulo III del Título VIII del C.D.U. que regulan la etapa de la investigación.

Interpretada en su contexto literal podría dar lugar a que se piense que con anterioridad a la investigación, esto es, dentro de la indagación preliminar no es procedente la

rendición de dicha exposición. Sin embargo, el criterio de la Corte es bien diferente, pues considera de que dentro de dicha indagación es posible que el inculpado pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional disciplinaria sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia. Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria.

Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio[366], por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar.

En las condiciones anotadas, no encuentra la Corte razonable ni proporcionada a la finalidad que pretende perseguirse - eventualmente la economía procesal o la eficiencia y la eficacia para la administración de la actuación disciplinaria - el que quede a la voluntad del funcionario recibir o no la exposición espontánea que solicita el inculpado, pues siendo ella como se dijo un acto de defensa, no existe justificación alguna valedera para su restricción.

3. En conclusión, la Corte considera que los artículos 77-2 y 130 se ajustan a la Constitución y, por lo tanto, serán declarados exequibles, no así la expresión "aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite", que será declarada inexequible.

En relación con el resto del artículo se declarará su exequibilidad, condicionada en el sentido de que se entienda que la oportunidad para rendir la exposición voluntaria se contrae no sólo a la etapa de la investigación sino de la indagación preliminar.

La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.

Parágrafo 1°. Cuando la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna.

---

[366] Sentencias C-150/93 M.P. Fabio Morón Díaz; C-411/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C- 412/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Parágrafo 2°. Advertida la falsedad o temeridad de la queja, el investigador podrá imponer una multa hasta de 180 salarios mínimos legales diarios vigentes. La Procuraduría General de la Nación, o quienes ejerzan funciones disciplinarias, en los casos que se advierta la temeridad de la queja, podrá imponer sanciones de multa, previa audiencia del quejoso, por medio de resolución motivada contra la cual procede únicamente el recurso de apelación que puede ser interpuesto dentro de los dos días siguientes a su notificación.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Trato diferenciado al quejoso sospechoso de incurrir en falsedad o temeridad

a) Cargos de la demanda

En cuanto a la expresión *"que puede ser interpuesto dentro de los dos días siguientes a su notificación"*, contenida en el parágrafo segundo del artículo 150, el demandante sostiene que viola el derecho a la igualdad porque frente a los demás intervinientes en actuaciones disciplinarias el quejoso sospechoso de incurrir en falsedad o temeridad, tiene menos tiempo para elaborar y presentar sus recursos.

b) Problema jurídico

Ha de analizarse si al quejoso sospechoso de incurrir en falsedad o temeridad se le da un trato discriminatorio con respecto a los intervinientes en el proceso disciplinario, en cuanto al tiempo del que dispone para recurrir las decisiones que lo comprometen.

(…)

d) Consideraciones de la Corte.

Comparte la Corte los argumentos del Ministerio Público en el sentido de que no se está estableciendo un tratamiento discriminatorio como quiera que el quejoso no se encuentra en la misma situación de hecho que los sujetos disciplinados, por lo tanto no se trata de situaciones semejantes a las que se les acuerden efectos jurídicos distintos. Además, el quejoso cuenta con una etapa procesal (audiencia) para ejercer su derecho de defensa y con el término de dos días para presentar un recurso de apelación contra la decisión mediante la cual se le impuso una multa. En suma, no se trata de una disposición discriminatoria ni mucho menos irrazonable o desproporcionada.

En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *que puede ser interpuesto dentro de los dos días siguientes a su notificación,* que figura en el parágrafo segundo del artículo 150 de la Ley 734 de 2002.

Artículo 151. ***Ruptura de la unidad procesal.*** Cuando se adelante indagación preliminar por una falta disciplinaria en la que hubieren intervenido varios servidores públicos y solamente se identificare uno o algunos de ellos, se podrá romper la unidad procesal, sin perjuicio de que las actuaciones puedan unificarse posteriormente para proseguir su curso bajo una misma cuerda.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Radicación Nº **156-75488-2002**.

UNIDAD PROCESAL - Ruptura al evaluar la investigación disciplinaria

"El estatuto disciplinario, Ley 734 de 2002, regula de manera expresa la ruptura de la unidad procesal, exclusivamente durante la etapa de indagación preliminar y en la medida en que en torno a una falta disciplinaria hubiesen intervenido varios servidores públicos y solo se identificare uno o alguno de ellos. Esta regulación nos permite afirmar que tal situación es predicable en los eventos en que deba iniciarse formalmente la investigación u ordenarse su archivo respecto del servidor público identificado o individualizado y estén dados los presupuestos legales para el efecto.

No obstante que, dicho trámite no está establecido para otras hipótesis y etapas de la actuación procesal, consideramos que por vía de integración normativa (art. 21 C.D.U.), son aplicables las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), esto es, el artículo 92, frente a las situaciones no contempladas en la Ley 734 de 2002, siempre que no contravengan la naturaleza del derecho y del proceso disciplinario. De manera que sobre tales parámetros, es preciso concluir que la ruptura de la unidad procesal en materia disciplinaria, entre otras, puede decretarse al momento de la evaluación de la actuación procesal cuando en tratándose de pluralidad de faltas disciplinarias y/o de disciplinados, el pliego de cargos no comprenda todas las conductas o a todos los sujetos disciplinados."

CAPITULO SEGUNDO

Investigación disciplinaria

Artículo 152. ***Procedencia de la investigación disciplinaria.*** Cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria, el funcionario iniciará la investigación disciplinaria.

Artículo 153. ***Finalidades de la decisión sobre investigación disciplinaria.*** La investigación disciplinaria tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado a la administración pública con la falta, y la responsabilidad disciplinaria del investigado.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-036/03** de la Corte Constitucional.

> **INDAGACIÓN PRELIMINAR** - Procedencia / **DEBIDO PROCESO** - Presunción de inocencia

2. Lo que se debate.

El demandante ubica los cargos contra cada uno de los apartes acusados, desde la violación del artículo 29 de la Constitución, así:

(…)

2.3 El cargo contra el artículo 153 de la Ley 734 de 2002, en lo que tiene que ver con el objeto de la investigación disciplinaria, el actor considera que debe ser declarado inexequible o condicionar su constitucionalidad, pues, los fines que se persiguen en la investigación disciplinaria, según el artículo 153, son los mismos que los de la indagación preliminar, artículo 150. De esta manera, se desconocen los principios de presunción de inocencia, contendido en el artículo 29 de la Carta; la posibilidad de controvertir pruebas en una etapa no formal; y, se pretermite la etapa de indagación preliminar, que es una garantía del investigado.

(…)

5. Acusación contra la expresión del artículo 153 de la Ley 734 de 2002. Los fines para la procedencia de cada una de las etapas: indagación preliminar e investigación disciplinaria.

5.1 El artículo 153 de la Ley 734 de 2002 establece que la investigación disciplinaria

tiene por objeto verificar la ocurrencia de la conducta; determinar si es constitutiva de falta disciplinaria; esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió el perjuicio causado a la administración pública y la responsabilidad del investigado.

5.2 Para el actor, la inconstitucionalidad de este artículo radica en que las expresiones acusadas, que corresponden a los fines de la investigación disciplinaria, son semejantes a los de la indagación preliminar, como se puede ver al comparar el artículo 150 con el 153 de la misma Ley 734. Considera, entonces, que se viola el debido proceso, porque pretermite la etapa de indagación preliminar, que es garantía del principio de la presunción de inocencia, en donde se pueden presentar y controvertir pruebas, en una etapa que no es aún formal. Pide que si no se declara inexequible lo acusado, la Corte señale que es constitucional bajo el entendido de que la norma acusada no se refiere a lo que es competencia de la etapa de indagación preliminar.

5.3 El Ministerio Público considera que no hay tal violación, pues, recuerda que la etapa de indagación preliminar no es obligatoria ni imprescindible, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional. Al comparar los fines de cada etapa, se observa que responden a necesidades procesales específicas. Además, si hay un autor conocido y la certeza sobre la comisión de una falta disciplinaria, lo que procede es abrir la investigación disciplinaria y no esperar a agotar la etapa de indagación preliminar.

5.4 De acuerdo con lo anterior, La Corte considera que en efecto, como lo recuerda el Ministerio Público, la etapa de indagación preliminar no es obligatoria ni imprescindible. La Corte ha señalado que : “La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.” (Sentencia C-430 de 1997). En las sentencias C-728 de 2000 y C-175 de 2001, se reiteró este concepto de la eventualidad.

No se trata de un requisito de procedibilidad, en el sentido de que sólo habrá investigación disciplinaria si ha habido previamente indagación preliminar.

5.5 Bastaría, entonces, esta sola explicación, de que no es requisito de procedibilidad la existencia de la indagación preliminar para que pueda iniciarse la etapa de investigación disciplinaria, para desechar el argumento de la confusión de fines planteada por la acusación, pues si la investigación disciplinaria procede sin que necesariamente se agote, o siquiera se inicie, la etapa de la indagación preliminar, los fines de cada una de estas etapas pueden ser semejantes o coincidir en algunos aspectos.

5.6 Sin embargo, hay otras razones que el actor no toma en cuenta. El artículo 152

de la misma Ley, señala que procede la investigación disciplinaria en los siguientes casos: con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagatoria preliminar. Es decir, que la indagación preliminar es una de las tres causas para abrir la investigación disciplinaria, y no la única.

5.7 En conclusión : la etapa de la indagación preliminar no siempre debe surtirse, ni siquiera iniciarse, sólo se presenta "en caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria"; el hecho de que no se inicie o se agote esta etapa no implica que el principio de la presunción de inocencia se desconozca, pues, como es sabido, la presunción de inocencia se mantiene incólume hasta tanto no se destruya en forma debidamente fundada y cuando la providencia respectiva que así lo declara cobre ejecutoria. Mientras tanto, a lo largo de todo el proceso disciplinario, los principios del debido proceso deben garantizarse a plenitud. Y la circunstancia de que determinados fines en la etapa de indagación preliminar coincidan con los de la etapa de investigación disciplinaria no acarrea ninguna inseguridad jurídica para el sujeto disciplinable, porque, como se dijo, la existencia de la investigación disciplinaria no depende de que se inicie o agote la de indagación preliminar.

En consecuencia, se declarará exequible lo acusado del artículo 153 de la Ley 734 de 2002.

Artículo 154. ***Contenido de la investigación disciplinaria.*** La decisión que ordena abrir investigación disciplinaria deberá contener:

1. La identidad del posible autor o autores.

2. La relación de pruebas cuya práctica se ordena.

3. La orden de incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios del investigado, una certificación de la entidad a la cual el servidor público esté o hubiere estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado para la época de la realización de la conducta y su última dirección conocida.

4. La orden de informar y de comunicar esta decisión, de conformidad con lo señalado en este código.

Artículo 155. ***Notificación de la iniciación de la investigación.*** Iniciada la investigación disciplinaria se notificará al investigado y se dejará constancia en el expediente respectivo. En la comunicación se debe informar al investigado que tiene derecho a designar defensor.

Si la investigación disciplinaria la iniciare una oficina de control disciplinario interno, ésta dará aviso inmediato a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación y al funcionario competente de esta entidad o de la personería correspondiente, para que decida sobre el ejercicio del poder disciplinario preferente.

Si la investigación disciplinaria la iniciare la Procuraduría General de la Nación o las personerías distritales o municipales, lo comunicará al jefe del órgano de control disciplinario interno, con la advertencia de que deberá abstenerse de abrir investigación disciplinaria por los mismos hechos o suspenderla inmediatamente, si ya la hubiere abierto, y remitir el expediente original a la oficina competente de la Procuraduría.

Artículo 156. ***Término de la investigación disciplinaria.*** El término de la investigación disciplinaria será de seis meses, contados a partir de la decisión de apertura.

En los procesos que se adelanten por las faltas descritas en el artículo 48, numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de este código, la investigación disciplinaria no se podrá exceder de doce meses. Este término podrá aumentarse hasta en una tercera parte, cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos o más inculpados.

Vencido el término de la investigación, el funcionario de conocimiento la evaluará y adoptará la decisión de cargos, si se reunieren los requisitos legales para ello o el archivo de las diligencias. Con todo si hicieren falta pruebas que puedan modificar la situación se prorrogará la investigación hasta por la mitad del término, vencido el cual, si no ha surgido prueba que permita formular cargos, se archivará definitivamente la actuación.

Artículo 157. ***Suspensión provisional. Trámite.*** Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

Doctrina: Viceprocuraduría General de la Nación. Auto de segunda instancia de abril 8 de 2003. Radicación Nº **030-83233-03**.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Reiteración de la falta

El presupuesto de reiteración de la falta para suspender provisionalmente al investigado, hace relación a las que de acuerdo con su rol funcional pueda cometer.

El artículo 157 de la Ley 734 de 2002 estableció la figura de la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, como medida precautelativa a fin de prevenir: a) la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación; b) que no continúe cometiéndola y c) que la reitere.

La Veeduría suspendió a la investigada con fundamento en que la permanencia en el cargo le facilitaría seguir cometiendo faltas disciplinarias de la naturaleza de la endilgada.

Cometido del ad-quen es, entonces, verificar si se dan los presupuestos indicados para adoptar la drástica decisión, atendiendo las circunstancias en que sucedieron los hechos, las funciones del sujeto pasible de la medida y concluyendo en un pronóstico de probabilidad de que se continúe cometiéndola o que la reitere.

La Viceprocuraduría considera que si el comportamiento de la investigada, posiblemente contrario a la verdad material, se produjo en circunstancias tan objetivas y de fácil constatación permanente, existe la probabilidad fundada de que, en desarrollo de sus funciones en diversos procesos o actividades que se le encomienden por sus superiores, se continúe cometiendo irregularidades constitutivas de ilícitos disciplinarios, en desmedro de la entidad y de la sociedad, razón para compartir la decisión del a-quo.

Tampoco son válidos los argumentos de la investigada en el sentido de que si la falta se cometió, ya no puede seguir cometiéndola por su carácter de instantánea, porque la norma prevee es que no se sigan cometiendo faltas de la misma naturaleza, de la misma especie, del rol funcional del servidor público investigado y no se refiere a la que ya ejecutó."

El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia.

El auto que decreta la suspensión provisional será responsabilidad personal del funcionario competente y debe ser consultado sin perjuicio de su inmediato cumplimiento si se trata de decisión de primera instancia; en los procesos de única, procede el recurso de reposición.

Para los efectos propios de la consulta, el funcionario remitirá de inmediato el proceso al superior, previa comunicación de la decisión al afectado.

Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, durante los cuales el disciplinado podrá presentar alegaciones en su favor, acompañadas de las pruebas en que las sustente. Vencido dicho término, se decidirá dentro de los diez días siguientes.

Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.

Parágrafo. Cuando la sanción impuesta fuere de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, para su cumplimiento se tendrá en cuenta el lapso en que el investigado permaneció suspendido provisionalmente. Si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicada provisionalmente, tendrá derecho a percibir la diferencia.

Jurisprudencia: La Corte Constitucional, en sentencia **C-656/03**, ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia **C-450/03**, que declaró exequible, por los cargos analizados, el artículo 157 de la presente ley.

Jurisprudencia: El artículo 157 ha sido declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-450/03** "en el entendido de que el acto que ordene la prórroga debe reunir también los requisitos establecidos en este artículo para la suspensión inicial y la segunda prórroga sólo procede si el fallo de primera o única instancia fue sancionatorio."

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Requisitos y alcances

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Condiciones / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Causales que la justifican / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Prevé la prolongación de una conducta objetiva de la cual existen serios y evidentes elementos de juicio / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Continuación o reiteración de la conducta

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Garantías / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Motivación y revocabilidad / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Garantías procesales / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Término de duración definido /

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Efectos sobre la remuneración del suspendido

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Jurisprudencia

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - No desconoce el debido proceso - **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - No vulnera la presunción de inocencia / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - No vulnera derechos de contradicción y defensa

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - No vulnera el derecho al buen nombre

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - No vulnera el derecho al mínimo vital

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - La prórroga debe reunir los mismos requisitos / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Segunda prórroga sólo procede si el fallo de primera o única instancia fue sancionatorio

3. Problema jurídico

De los cargos elevados por los accionantes en contra del artículo 157 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, la Corte deduce los siguientes problemas jurídicos:

La suspensión de un servidor público, ordenada provisionalmente dentro del desarrollo de un proceso disciplinario y de acuerdo a los parámetros del artículo 157 acusado, viola el derecho al debido proceso (art.29 CP) particularmente la presunción de inocencia del suspendido?

Ordenar la suspensión provisional de un servidor público dentro de un proceso disciplinario, viola el derecho al buen nombre de éste (art. 15 CP)?

El efecto consistente en que el suspendido deje de percibir remuneración durante el tiempo que dure la suspensión provisional constituye una violación al principio fundamental de la remuneración mínima vital y móvil (art. 53)?

Para resolver los anteriores interrogantes, la Corte analizará, primero, el contenido y los alcances de la norma acusada. Segundo, estudiará si la medida de suspensión provisional desconoce *per se,* el derecho al debido proceso, particularmente la presunción de inocencia, así como el derecho al buen nombre del servidor público suspendido. Luego, la Corte resolverá si es constitucional afectar la remuneración de un servidor disciplinado con ocasión de una medida provisional.

1. Descripción del contenido de la norma acusada. Requisitos y alcances de la facultad de suspensión provisional

La Ley 734 de 2002, por medio de la cual el Congreso expidió el nuevo Código Disciplinario Único[367], constituye el régimen disciplinario común de los servidores públicos; esta Corporación recientemente lo explicó así:

"La Carta Política de 1991 establece que los funcionarios públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El establecimiento de un régimen disciplinario corresponde al desarrollo del principio de legalidad propio de un Estado de derecho en el que las autoridades deben respeto y observancia al ordenamiento jurídico y responden por las acciones con las que infrinjan las normas o por las omisiones al debido desempeño de sus obligaciones.

El Código Disciplinario Único comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos. El CDU define las conductas que se consideran faltas disciplinarias, las sanciones en las que se puede incurrir y el proceso que debe seguirse para establecer la responsabilidad disciplinaria. Con la expedición del CDU se persigue la instauración de un estatuto uniforme y comprensivo de todo el régimen disciplinario aplicable a los servidores del Estado." [368]

Respecto de los fundamentos del régimen disciplinario y su ámbito legítimo en cuanto éste refiera al vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado, la Corte ha explicado que[369]:

"Una indagación por los fundamentos de la imputación disciplinaria remite a los fines esenciales del Estado (…) En ese marco, las autoridades de la República, a través de las cuales actúa el Estado como personificación jurídica de la nación, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Esta orientación finalística de las autoridades de la República determina el fundamento de su responsabilidad y de allí que, de acuerdo con el artículo 6° Superior, ellas respondan por infringir la Constitución y la ley y por omisión

---

[367] Ley 734 de 2002: *"Artículo 224. Vigencia. La presente ley regirá tres meses después de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública."*

[368] Sentencia C-712 de 2001 MP. Jaime Córdoba Triviño en la que se estudió el ***Decreto 1798 DE 2000, "****por el cual se modifican las normas de disciplina y ética para la Policía Nacional" y se analizó* si la Policía Nacional debía tener un régimen disciplinario especial.

[369] Sentencia C-252 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia se estudió la constitucionalidad de los artículos 48, numeral 48, y 51, inciso 3°, de la Ley 734 de 2002. Según la actora estas normas desconocían múltiples disposiciones constitucionales referidas al libre desarrollo de la personalidad, al derecho a la intimidad, al principio de legalidad y a los principios de Estado social de derecho, dignidad humana y *non bis in ídem*. La Corte declaró exequible el artículo 48, numeral 48, de la Ley 734 de 2002 en el entendido que la expresión "*en lugares públicos*", contenida en el inciso primero, es exequible en cuanto la conducta descrita afecte el ejercicio de la función pública.

o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Esto es entendible: La atribución de función pública genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado y ese vínculo determina no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades con miras a la realización de los fines estatales, sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado.

Es por ello que el constituyente advirtió que cada servidor público debía tener claridad acerca de los criterios superiores con los que se vinculaba a la administración y de allí porqué exigió, en el artículo 122, que sólo entre a ejercer su cargo después de prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Además, una vez satisfecha esa exigencia, debe tener siempre presente que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que debe desarrollarse, según el artículo 209, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Entonces, nótese cuál es el fundamento de la imputación disciplinaria: La necesidad de realizar los fines estatales le impone un sentido al ejercicio de la función pública por las autoridades. Éstas deben cumplir la Constitución y la ley, ponerse al servicio de los intereses generales, desarrollar los principios de la función administrativa y desempeñar para ello los deberes que les incumben. Una actitud contraria de las autoridades lesiona tales deberes funcionales. Como estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituya el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario. De allí que la antijuridicidad de la falta disciplinaria remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas.

Dentro del nuevo Código Disciplinario Único, el procedimiento disciplinario ordinario está descrito en el Título I el cual se ocupa, en su primer capítulo, de la indagación preliminar; en el segundo de la investigación disciplinaria; y en los capítulos tercero, cuarto y quinto, de la evaluación del mérito de la investigación disciplinaria; de los descargos, las pruebas y el fallo; y de la segunda instancia, respectivamente. El artículo 157 acusado se encuentra en el capítulo segundo relativo al desarrollo de la investigación disciplinaria.

De acuerdo al procedimiento establecido, una vez se ha identificado al posible autor o autores de la falta, y se ha decidido abrir investigación disciplinaria, el funcionario que esté adelantando la investigación, o, inclusive, el juzgamiento, podrá -según el artículo 157 acusado- ordenar la suspensión provisional del servidor que esté siendo investigado o juzgado.

La facultad de suspender provisionalmente al servidor investigado o juzgado está supeditada a que se reúnan ciertas condiciones específicas, y a que se respeten las

garantías que prevé el artículo. Además, la aplicación de la medida tiene como uno de sus efectos la suspensión de la remuneración del servidor durante un lapso prorrogable.

1.1 Condiciones de la suspensión provisional

El inciso primero del artículo acusado establece que para que la medida de suspensión provisional pueda ser adoptada, el proceso que se esté adelantando debe haberse iniciado por una supuesta comisión de *(i) faltas disciplinarias calificadas como gravísimas o graves*, y cuando *(ii) se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere*.

La exigencia de que las faltas por las que se investiga o juzga al servidor, deban ser graves o gravísimas, busca circunscribir la medida respecto de conductas muy lesivas de los bienes jurídicos tutelados por el derecho disciplinario, las cuales son sancionadas con destitución, suspensión en el ejercicio del cargo, inhabilidad general o inhabilidad especial según lo dispuesto en el artículo 44 del CDU.[370] La Ley 734 de 2002, en su artículo 48, enumera las faltas gravísimas en 63 numerales y cuatro parágrafos, el último de los cuales está destinado a los servidores públicos en el ámbito penitenciario y carcelario.[371]

En el ordenamiento vigente, las faltas que el legislador ha incluido bajo el calificativo de gravísimas son muchas más que las que consagraba el anterior Código Disciplinario Único en su artículo 25. La enumeración taxativa de tales faltas, no sólo es más

---

370 *"Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:*

(i) 1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

(ii) 2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

(iii) 3. Suspensión, para las faltas graves culposas.

(iv) 4. Multa, para las faltas leves dolosas.

(v) 5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

***Parágrafo.** Habrá 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."*

371 El quinto parágrafo del artículo 48 no enumera faltas gravísimas. Dice: *"Las obligaciones contenidas en los numerales 23, 26 y 52 sólo originarán falta disciplinaria gravísima un año después de la entrada en vigencia de este Código. El incumplimiento de las disposiciones legales referidas a tales materias serán sancionadas conforme al numeral 1 del artículo 34 de este código."*

extensa[372] sino que incluye conductas contrarias al derecho internacional humanitario, entre otras innovaciones.

En cambio, el CDU no tiene una enunciación de las faltas graves. El legislador disciplinario acudió a otra técnica, consistente en, primero, indicar la base de la falta en el artículo 50[373], es decir, haber incumplido sus deberes, abusado de sus derechos, extralimitado sus funciones, o violado el régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la leyes y, segundo, señalar los criterios para determinar cuando cierta conducta, por ejemplo incumplir los deberes funcionales, constituye falta grave o leve.[374]

---

[372] Bajo la vigencia de la Ley 200 de 1993 y al estudiarse el proyecto para un nuevo Código Disciplinario, se dijo*: "(...) Una de las actuales falencias de la actual legislación disciplinaria está en la falta de descripción inequívoca de faltas gravísimas que atentan contra la buena administración y en la desproporción que entre falta y sanción se observa en muchos casos. Por eso resaltamos como mérito del proyecto la construcción de un catalogo de faltas y sanciones muy ajustado al principio de legalidad en cuanto a la descripción de la falta y más proporcionado en cuanto a la dosificación de la consecuencia jurídica."* Senado de la República, Ponencia para el segundo debate al proyecto de ley numero 19 de 2000, 27 de noviembre de 2000, Gaceta del congreso Nº 474, pág. 1.

[373] *"**Artículo 50. Faltas graves y leves.** Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.*
La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código.
Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima."

Es pertinente anotar que en la sentencia C-158 de 2003 MP. Alfredo Beltrán Sierra, se estudió la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 50 que señala que *"La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código."* En esta oportunidad la Corte, al constatar que éstos criterios se encuentran dentro del mismo contenido normativo del artículo 27 de la Ley 200 de 1995, -antiguo Código Disciplinario- resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-708 de 1999 y por tanto la expresión contenida en el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, se declaró exequible. En dicha sentencia cuyo Magistrado Ponente fue Álvaro Tafur Galvis, se sostuvo que *"cuando el legislador consagró una clasificación de las faltas disciplinarias entre graves y leves en el artículo acusado, y estableció unos criterios con base en los cuales el investigador disciplinario deba definir sobre la responsabilidad final en materia disciplinaria de los servidores públicos, para efectos de aplicar la correspondiente sanción, lo hizo atendiendo a los postulados generales de los regímenes punitivos aceptados por el ordenamiento constitucional, en la forma vista, con claro desarrollo de las facultades legislativas en materia de definición de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, dentro de lo cual, es evidente que la misma puede ser graduada de conformidad con el nivel de culpabilidad con que se actúa y la intensidad de la lesión que se produzca en los bienes jurídicos protegidos con la ley disciplinaria"*

[374] El artículo 43 establece: *"**Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta.** Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:*
1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

Así, para que un servidor investigado o juzgado, pueda ser eventualmente suspendido en forma provisional, éste debe haber realizado una conducta susceptible de ser investigada como falta gravísima, artículo 48 de la Ley 734 de 2002, o bien, como una falta grave.

La norma acusada, además de señalar que la suspensión provisional es una facultad que procede sólo en caso de un proceso adelantado por faltas gravísimas o graves, exige que la medida se adopte cuando*"se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere."*

De tal manera que existen sólo tres causas que podrían justificar que el funcionario que adelanta la investigación o el juzgamiento, ordene la suspensión provisional del servidor:

(a) Que permanecer en el cargo, función o servicio posibilite la interferencia del servidor en el trámite de la investigación.
(b) Que permanecer en el cargo, función o servicio permita la continuación de la comisión de la falta por la que se le investiga o juzga.

---

6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.
8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave."

Concretamente, sobre la existencia de criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, la sentencia C-292 de2000, MP. Alfredo Beltrán Sierra, al estudiar si el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, atentaba contra el principio de legalidad, consideró que el asunto ya había sido objeto de examen y que, en relación con ese tema, había cosa juzgada constitucional y por tanto se estuvo a lo resuelto, en la Sentencia C-708 de 1999 en la que ya se había explicado que *"Aun cuando a juicio del actor, el señalamiento de esos criterios para definir sobre el nivel de lesión que puedan llegar a soportar los bienes jurídicos protegidos por la ley disciplinaria, pueda parecer amplio, el mismo no deja de ser expreso, preciso, cierto y previo ante las conductas que por comisión u omisión, constituyen infracciones disciplinarias, pues es de la competencia del legislador configurar el tipo disciplinario en forma genérica, con cierto grado de indeterminación y sin recabar en precisiones exageradas de los elementos que lo estructuran, mediante el uso de parámetros generales de las conductas dignas de desaprobación, para efectos de su encuadramiento típico.*

"Con base en lo anterior, es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario...(...)"

(c) Que permanecer en el cargo, función o servicio permita que se reitere la falta por la que se le investiga o juzga.

En cuánto a las tres causales de suspensión provisional de un servidor dentro de un proceso disciplinario, es posible deducir que el fin que persigue el legislador con la causal primera, es asegurarse que el proceso se adelante en correcta forma evitando que quien es investigado o juzgado pueda llegar a interferir en él valiéndose de su cargo, función o servicio, entorpeciendo así el proceso disciplinario. Las causales segunda y tercera, por su parte, están referidas, ambas, a la preocupación de que continúe o se repita la falta que originó el proceso. Estas causales salvaguardan aquellos bienes jurídicamente tutelados que hubieren sido posiblemente lesionados en forma gravísima o grave, mediante la eliminación de la posibilidad de que sigan siendo o vuelvan a ser afectados por la conducta del servidor investigado o juzgado.

No basta la sospecha de que estas causales pueden llegar a presentarse. Es necesario que respecto de su ocurrencia "*se evidencien serios elementos de juicio".*

Es importante, también, subrayar que la medida provisional es justificada por el propio legislador a la luz de unos fines específicos. El fin de evitar que se interfiera la investigación consulta la protección de todos los principios e intereses constitucionales desarrollados por el derecho disciplinario. El fin de evitar que la falta continúe o se reitere también apunta en esta dirección, sin que pueda interpretarse como la introducción de ideas asociadas al peligrosismo. De lo que se trata es de precaver que una conducta objetiva de la cual existen serios y evidentes elementos de juicio, se prolongue en el tiempo una vez realizada. Dicha prolongación puede tener dos modalidades: la simple continuación o la reiteración de la conducta ya realizada. No se está, entonces, ante un juicio anticipado acerca de la personalidad del servidor público investigado o juzgado disciplinariamente sino ante una facultad derivada de la valorización de elementos probatorios relativos al acto que disciplinariamente se le imputa.

1.2 Garantías establecidas en el Artículo 157 acusado

Además de estar condicionada a los requisitos mencionados, la suspensión provisional del servidor está sujeta a ciertas garantías. Las primeras, buscan garantizar que cuando el funcionario decida ejercer su facultad de suspensión provisional, lo haga por motivos reales que deben subsistir durante el lapso que dure la suspensión, so pena de comprometer su responsabilidad personal, y las segundas, se enderezan a que la suspensión no se ordene sin antes haberse seguido un proceso que le permita al servidor conocer la motivación de la orden, defenderse y esgrimir sus argumentos en contra de la decisión.

1.2.1 Garantías respecto de la adopción misma de la medida de suspensión provisional

1.2.1.1 *La motivación de la orden de suspensión provisional y su revocabilidad*. En el inciso primero del artículo acusado, el legislador exige que el funcionario que decida

suspender provisionalmente a un servidor público motive dicha orden.[375] La motivación permite que se ejerza un control judicial sobre la legalidad de la medida.

Los motivos sobre los que el funcionario fundó la orden de suspender provisionalmente al servidor, también constituyen el fundamento único de la medida. En efecto, el legislador establece, en el inciso sexto del artículo acusado[376], que, al desaparecer los motivos que dieron lugar a la medida, y en cualquier momento, ésta deberá ser revocada. Además de quien profirió la medida, la decisión podrá ser revocada por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.

1.2.1.2 *La responsabilidad personal del funcionario que decide la suspensión provisional*. Adicionalmente, la norma acusada establece que la decisión de ordenar la suspensión provisional, compromete la responsabilidad personal del funcionario: *"El auto que decreta la suspensión provisional será responsabilidad personal del funcionario competente…".*

Observa la Corte que el legislador disciplinario adoptó en la Ley 734 de 2002, una opción distinta de aquella tomada en la Ley 200 de 1995. En efecto, en el Código Disciplinario Único anterior, no se establecía que la decisión de ordenar la suspensión provisional del servidor público comprometiera la responsabilidad personal del funcionario que decretara la medida.

1.2.2 Garantías procesales

Entre los varios cambios que el legislador disciplinario introdujo a la medida de suspensión provisional en la Ley 734 de 2002, se encuentran algunas garantías de orden procesal. A diferencia de la norma acusada en el Código Disciplinario Único vigente, el segundo inciso del derogado artículo 115 de la Ley 200 de 1995 relativo a la suspensión provisional rezaba: "El auto que ordene o solicite la suspensión provisional será motivado, tendrá vigencia inmediata y contra él no procede recurso alguno."

1.2.2.1 *Recurso de reposición y consulta*. En cambio, la norma acusada prevé que en procesos disciplinarios de única instancia, el servidor disciplinado tiene la posibilidad de presentar recurso de reposición, con el fin de que el mismo funcionario que ordenó la decisión, reconsidere su decisión.

En los procesos de primera instancia, el artículo acusado establece que una vez el auto haya sido comunicado al afectado, el funcionario deberá remitir inmediatamente el proceso a su superior para efectos de consulta. A diferencia de los procesos de única instancia en los que el servidor disciplinado puede o no hacer uso del recurso de

---

[375] En el inciso primero de la norma acusada se dispone *"(…) el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional (…)"*

[376] El inciso sexto de la norma acusada señala que *"Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia."*

reposición, el legislador impone al funcionario la obligación de elevar a consulta de su superior la decisión. Recibido el expediente, éste deberá permanecer durante un término de tres (3) días en secretaría, con el fin de que el servidor disciplinado presente alegaciones en su favor y las pruebas que pretenda hacer valer. Vencido este término, el superior del funcionario que adelanta la investigación o juzgamiento deberá resolver dentro de los diez (10) días siguientes.[377]

1.2.2.2 *Duración determinada de la medida y sus prórrogas.* Otra garantía procesal que prevé la norma consiste en el término de duración definido de la suspensión provisional.[378] De acuerdo a la norma acusada, el servidor podrá estar suspendido hasta por un período de tres meses, prorrogables por otros tres. De ser necesaria la continuación de la medida por más de seis meses, para su prórroga el legislador exige que el proceso disciplinario que se adelanta, sea éste de única o de primera instancia, ya haya sido fallado. En tal caso, la suspensión provisional podrá prorrogarse nuevamente pero sólo hasta por tres meses más.

De otra parte, el legislador ha previsto[379] que en caso de que el proceso disciplinario adelantado finalice con sanción de suspensión o de suspensión e inhabilidad, el lapso durante el cual el servidor estuvo provisionalmente suspendido, será computado como parte del tiempo ordenado en la sanción.

1.2.3 Los efectos sobre la remuneración del suspendido

La norma acusada establece que cuando el funcionario que adelanta la investigación o juicio, impone la medida provisional, el servidor suspendido queda *"sin derecho a remuneración alguna."*[380] Se trata de un efecto económico de la medida establecido por el legislador que es desarrollado en el parágrafo de la norma acusada y también en el artículo 158 de la misma ley.

Dentro del mismo parágrafo de la norma acusada, el legislador ha previsto que el tiempo de suspensión provisional pueda resultar siendo inferior al tiempo que se ordenó suspender al servidor a título sancionatorio. Para esos casos, dispuso que la diferencia que resulte entre un lapso de suspensión y el otro, se traduzca en el pago de la

---

[377] Resalta la Corte que el numeral 54 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 consagra, además, como falta gravísima el *"No resolver la consulta sobre la suspensión provisional en los términos de ley."*

[378] El inciso segundo del artículo 157 de la Ley 734 de 2002 establece que: *"El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia."*

[379] El parágrafo del artículo acusado reza: *"Cuando la sanción impuesta fuere de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, para su cumplimiento se tendrá en cuenta el lapso en que el investigado permaneció suspendido provisionalmente. Si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicada provisionalmente, tendrá derecho a percibir la diferencia."*

[380] El primer inciso del artículo acusado establece: "Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna (…)"

remuneración que dejó de recibir. Con ello el legislador evita que la afectación de la remuneración por razones de prudencia, resulte superior a la afectación que legítimamente le corresponde soportar en razón de su sanción.

Adicionalmente, el artículo 158 del CDU, no acusado, señala los casos en que el suspendido tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el periodo de suspensión provisional, así como las excepciones a ello. Estos casos son: (i) cuando la investigación termine con fallo absolutorio, o (ii) con decisión de archivo, o (iii) de terminación del proceso, o bien (iv) cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia. No obstante, en este último caso el legislador consagró una excepción, v.gr., cuando dicha expiración *"haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o de su apoderado."* [Texto entre comillas declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-1076/02**]

1.2.4 Precisión sobre la aplicación de los requisitos anteriores a las prórrogas

Estima la Corte necesario precisar si los requisitos anteriormente analizados se deben aplicar tanto a la decisión de imponer la medida como a las decisiones de prorrogarla.

El inciso tercero del artículo acusado establece que "el auto que decreta la suspensión provisional" tiene unos efectos respecto de la responsabilidad personal del funcionario que la decretó y está sometido a un régimen procedimental específico encaminado a evitar discriminaciones o arbitrariedades en la imposición de la medida. No obstante, la disposición acusada no extiende expresamente los requisitos que ha de reunir el auto que decreta la medida a los autos en los cuales ésta es prorrogada, por primera vez o, inclusive, por segunda vez. Además, en cuanto a la segunda prórroga, la condición que establece la norma acusada en su inciso segundo es sólo una: que se haya proferido el fallo de primera o única instancia.

Sin embargo, el inciso último sugiere que la continuidad de la medida debe reunir requisitos sustanciales puesto que advierte que "cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada".

Posteriormente, la Corte analizará si las diferentes alternativas de interpretación que ofrece la norma tienen relevancia constitucional y si alguna de las interpretaciones plausibles es incompatible con la Carta.

Analizados el contenido y los alcances de la norma acusada, pasa la Corte a recordar la jurisprudencia sobre este tipo de medidas provisionales.

2. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DENTRO DE UN PROCESO DISCIPLINARIO.

Normas disciplinarias previas al Código Disciplinario Único vigente, como el Decreto Ley 407 de 1994, el Decreto Ley 398 de 1994 y la Ley 200 de 1995 consagraban la

medida de suspensión provisional dentro de procesos disciplinarios. Las demandas contra las disposiciones correspondientes dieron origen a jurisprudencia de esta Corporación sobre esta medida que es pertinente recordar. Si bien el texto de tales disposiciones es diferente al texto del artículo 157 acusado, algunas de sus características se han mantenido y, por tanto, en este apartado se hace referencia a la doctrina que ha sentado la Corte al respecto.

En las sentencias C-108 de 1995 y C-406 de 1995, la Corte declaró la constitucionalidad de la medida de suspensión provisional consagrada en el *"Régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario"* y en el *"Régimen disciplinario para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC",* Decretos Leyes 407 y 398 de 1994, respectivamente. Los cargos presentados contra la medida se referían, como en el caso bajo estudio, al buen nombre y a la presunción de inocencia. Además, se argumentó que, al perder el derecho a la remuneración durante la suspensión provisional, se afectaba el sustento del núcleo familiar del servidor investigado.

La Corte en sentencia C-108 de 1995 MP. Vladimiro Naranjo Mesa[381], explicó que:

"[La suspensión provisional] *no implica que se le estén vulnerando sus derechos al buen nombre -por cuanto no hay imputación definitiva y además es una medida provisional que no genera una pérdida de empleo ni hay aseveración alguna sobre la honra- ni al debido proceso, ya que en el curso de la investigación el empleado cuenta con el derecho de desvirtuar los cargos en su contra.(…) [La suspensión provisional] es una medida de prudencia disciplinaria, que tiende a proteger el interés general que recae sobre la seguridad de los establecimientos penitenciarios, que deben tener certeza sobre la calidad moral y profesional de sus empleados.*

Sería altamente inconveniente que existiendo motivos fundados sobre la conducta de un empleado, se le permitiera continuar en el ejercicio de un cargo de tanta responsabilidad y no se tomaran medidas preventivas de elemental razonabilidad como la suspensión provisional. El legislador extraordinario, pues, no hizo cosa distinta de prever una prudencia cautelar del interés general, prevalente e incondicional."

Al respecto, la Sentencia C-406 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, sostuvo[382] que:

---

[381] La norma acusada fue el Decreto 407 de 1994, *"Artículo 46. SUSPENSION PROVISIONAL. Es la separación temporal del funcionario en el ejercicio de su cargo, que el superior decreta mediante acto administrativo motivado en razón a encontrarse en curso una investigación disciplinaria cuya sanción sea la destitución. En este evento la suspensión no podrá exceder de los ciento veinte (120) días calendario al cabo de los cuales si no se ha concluido el proceso disciplinario, el suspendido se reintegrará automáticamente al servicio, pero los haberes dejados de percibir sólo le serán reintegrados al producirse fallo absolutorio."*

[382] El actor demandó la totalidad del Decreto 398 de 1994. El Título V, relativo a la suspensión provisional. En su capítulo único, rezaba:

"[La suspensión provisional] es, ante todo, un elemento normativo de carácter preventivo, previsto para garantizar la buena marcha y la continuidad del especial servicio de vigilancia carcelaria que se atiende por aquellos, y para despejar cualquier riesgo en la buena marcha del servicio y de la investigación (…)

Esta etapa del procedimiento disciplinario no está prevista en detrimento de los derechos constitucionales al buen nombre y debido proceso, como lo señala el demandante dentro del concepto de la violación, puesto que desde cualquier punto de vista, la investigación disciplinaria y el correspondiente procedimiento que incluye la suspensión provisional en esta materia, es una carga profesional y administrativa

---

"ARTICULO 92. SUSPENSION PROVISIONAL. La suspensión provisional se decretará por acto administrativo debidamente motivado por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, el Director Regional o el Director del establecimiento carcelario en los siguientes casos:
1. En flagrancia de falta gravísima.
2. Cuando de las pruebas allegadas dentro de las investigaciones se colija que los hechos constituyen falta grave o gravísima que ameritan la sanción de suspensión o destitución del implicado, el funcionario competente podrá decretar la suspensión provisional oficiosamente o por solicitud del investigador.

ARTICULO 93. EFECTOS SALARIALES DEL FUNCIONARIO SUSPENDIDO. Hay lugar a la devolución de los salarios a pagar:
1. Cuando la investigación termine mediante fallo absolutorio debidamente ejecutoriado.
2. Cuando la sanción impuesta fuere de amonestación o censura.
3. Cuando la sanción impuesta fuere de multa, en este caso se descontará de la cuantía de la remuneración dejada de pagar y correspondiente al término de la suspensión, el valor de la multa hasta su concurrencia.
4. Cuando el funcionario fuere sancionado por un término inferior al de la suspensión provisional. En este evento sólo tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración correspondiente al período que exceda el tiempo señalado en la sanción.

ARTICULO 94. COMPUTO DEL PERIODO DE SUSPENSION. Cuando el término de la sanción de suspensión fuere superior al de la suspensión provisional, en el acto administrativo mediante el cual se imponga dicha sanción se ordenará descontar el período en que el empleado haya estado suspendido provisionalmente. Si el término de la sanción fuere igual, en dicho acto administrativo se ordenará imputar éste al término de suspensión provisional.
Lo dispuesto en el inciso anterior no será procedente cuando el funcionario investigado se haya reintegrado con anterioridad a la fecha de imposición de la sanción y se le hayan cancelado los salarios dejados de percibir durante el término de la suspensión provisional.

ARTICULO 95. TERMINO DE LA SUSPENSION PROVISIONAL. El término de la suspensión provisional será hasta de ciento veinte (120) días calendario no prorrogables.
En todo caso la investigación disciplinaria deberá culminarse antes del término máximo de la suspensión provisional.
El acto administrativo que ordena la suspensión provisional será motivado, tendrá aplicación inmediata y contra él no procede recurso alguno.

ARTICULO 96. EFECTIVIDAD DE LA SUSPENSION PROVISIONAL. Para dar cumplimiento a la suspensión provisional, se enviará inmediatamente copia del acto al nominador y al pagador respectivo. Igualmente se remitirá copia de esta decisión a los superiores jerárquicos de quien la profiere.

ARTICULO 97. CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO DE LA SUSPENSION PROVISIONAL. Si el investigado cumpliere el tiempo de suspensión provisional sin que haya sido resuelta su situación disciplinaria, se reintegrará al servicio inmediatamente, pero los haberes dejados de percibir sólo podrán pagarse cuando se haya proferido fallo absolutorio a su favor.

legitima que sólo procede en caso de investigación de la posible responsabilidad del funcionario en situación de flagrancia de falta gravísima, o cuando las pruebas allegadas dentro de la misma actuación, permitan advertir la ocurrencia de falta grave o gravísima que ameriten la sanción de suspensión o de destitución.(…)

De otra parte, esta clase de suspensión, que es apenas provisional y no es una sanción, constituye una etapa necesaria y conveniente en esta clase especial de actuaciones de carácter correccional y disciplinario, que por su carácter reglado bien puede ser decretada como medida preventiva en el desarrollo de las actuaciones que proceden, según las normas bajo examen.

En todo caso, el investigado tiene la posibilidad procesal y administrativa de demostrar su inocencia por los distintos medios probatorios, y obtener que se le reincorpore con la plenitud de sus derechos en relación con el empleo y con los salarios a que tendría derecho."

Sobre el efecto salarial de la suspensión provisional en la sentencia C-108 de 1995 se dijo que *"al ser separado del cargo, es lógico que no esté ejerciendo la labor para la cual fue nombrado."* Por su parte, la sentencia C-406 de 1995 señaló que *"La suspensión provisional, limitada y precisa en el tiempo es, en este régimen de personal, una carga legitima con consecuencias salariales delicadas y rigurosas que concientemente debe soportar el funcionario implicado en el tipo de conductas que se advierten (…) es claro que la suspensión provisional, que no puede prolongarse por más de ciento veinte días, no tendría sentido si el empleado continua devengando su remuneración sin trabajar (…)*

Con la entrada en vigencia de la Ley 200 de 1995, Código Disciplinario Único, la Corte tuvo oportunidad de estudiar la constitucionalidad de la suspensión provisional, ya no circunscrita al personal del INPEC, sino aplicable a todos los servidores destinatarios de dicho código. Al declarar la constitucionalidad de la medida de suspensión provisional prevista en los artículos 115 y 116 del Código[383], la sentencia C-280 de 1996, MP.

---

383 "*ARTICULO 115. SUSPENSION PROVISIONAL. Cuando la investigación verse sobre faltas gravísimas o graves, el nominador, por su iniciativa o a solicitud de quien adelanta la investigación, o el funcionario competente para ejecutar la sanción a solicitud del Procurador General de la Nación, o de quien delegue, podrán ordenar la suspensión provisional del investigado por el término de tres (3) meses, prorrogable hasta por otros tres (3) meses, siempre y cuando existan serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio facilita la interferencia del presunto autor de la falta en el trámite normal de la investigación o ante la posibilidad de la continuidad o reiteración de la falta.*

El auto que ordene o solicite la suspensión provisional será motivado, tendrá vigencia inmediata y contra él no procede recurso alguno.

ARTICULO 116. REINTEGRO DEL SUSPENDIDO. El disciplinado suspendido provisionalmente será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir, durante el período de suspensión en los siguientes casos:

Alejandro Martínez Caballero, reiteró que ésta es “una medida de prudencia disciplinaria que tiende a proteger el interés general” y que respeta el principio de razonabilidad. Dijo al respecto:

“La posibilidad de suspensión provisional.

29- Uno de los actores también cuestiona los artículos 115 y 116 del CDU que consagran la posibilidad de que se suspenda provisionalmente al investigado. Según su criterio, esta facultad está prevista por la Carta únicamente para el Contralor General.

La Corte no comparte el criterio del demandante pues en anteriores decisiones esta Corporación ya había señalado que el mecanismo de la suspensión provisional "es una medida de prudencia disciplinaria que tiende a proteger el interés general"[384]*, por lo cual es perfectamente razonable que el Legislador la establezca en los procesos disciplinarios.*

31- De otro lado, la regulación misma del mecanismo de suspensión establecido por los artículos impugnados se adecua al sentido de la figura, pues no es una medida absolutamente discrecional, como que sólo procede respecto de faltas gravísimas -taxativamente descritas- o graves. Además sólo puede ser tomada por nominador o el Procurador General de la Nación o a quien éste delegue, y tiene un límite de tres meses, que sólo pueden prorrogarse por otros tres si se dan serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio facilita la interferencia del presunto autor de la falta en el trámite normal de la investigación o ante la posibilidad de la continuidad o reiteración de la falta. Además se prevé la reintegración al cargo y el reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir, durante el período de suspensión en los siguientes casos, si expira el término máximo de suspensión o se absuelve al investigado o la sanción no es la separación del cargo.

---

a) Cuando la investigación termine porque el hecho investigado no existió, la ley no lo considera como falta disciplinaria, o se justifica, o el acusado no lo cometió, o la acción no puede proseguirse o haberse declarado la nulidad de lo actuado incluido el auto que decretó la suspensión provisional;
b) Por la expiración del término de suspensión sin que hubiere terminado la investigación, salvo que esta circunstancia haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o su apoderado;
c) Cuando la sanción impuesta fuere de amonestación, multa o suspensión.

PARAGRAFO. Cuando la sanción impuesta fuere la multa se ordenará descontar de la cuantía de la remuneración que deba pagarse correspondiente al término de suspensión, el valor de la multa hasta su concurrencia.

Cuando el disciplinado fuere sancionado con suspensión de funciones o del contrato, en el fallo se ordenarán las compensaciones que correspondan, según lo dejado de percibir durante el lapso de la suspensión provisional.

[384] Sentencia C-108 de 1995. MP Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 2.3 En el mismo sentido, ver Sentencia C-406 de 1995 MP Fabio Morón Díaz.

La Corte declarará entonces la exequibilidad de estos artículos pues la regulación prevista garantiza la buena marcha y la continuidad de la función pública, sin que con ello se afecte el empleo ni se atente contra la honra ni el debido proceso del disciplinado, porque en el curso de la investigación el servidor público tiene la oportunidad de desvirtuar la acusación que se le imputa a fin de que sea reintegrado al servicio, con el reconocimiento de lo dejado de percibir."

Con base en la jurisprudencia constitucional sobre la medida de suspensión provisional, pasa la Corte a estudiar la constitucionalidad de la norma acusada.

3. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO NO ES DESCONOCIDO POR LA NORMA ACUSADA

3.1 La medida provisional no vulnera la presunción de inocencia.

Como lo ha dicho la Corte, el propio carácter provisional de la suspensión significa que la medida no define la responsabilidad del servidor; es una medida de prudencia disciplinaria. Por ello no es anotada en la hoja de vida - como ocurre por ejemplo con la sanción de amonestación- ni se registra como antecedente disciplinario[385], a lo que sí habría lugar en caso de un fallo con orden de suspensión.[386]

---

[385] Ley 734 de 2002. Artículo 174. *Registro de sanciones*. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1° del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro.

[386] Ley 734 de 2002. *"Artículo 46. Límite de las sanciones. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.*
La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.(…)" Sobre esta norma, la Corte se pronunció en la sentencia C-948 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis en la cual resolvió: **Decimoprimero.-** Declarar **EXEQUIBLE**, la expresión *"pero*

Por tanto, dado el carácter provisional de la medida de suspensión y que en ella no se hace ninguna valoración sobre la culpabilidad del servidor, no se vulnera la presunción de inocencia.

Si bien en el cargo formulado se argumentaba principalmente el desconocimiento a la presunción de inocencia los actores adicionalmente adujeron el desconocimiento al derecho de defensa y de contradicción.

3.2 Las garantías a la defensa y a la contradicción tampoco son desconocidas por la norma acusada

Los decretos juzgados en las sentencias C-108 de 1995 y 406 de 1995, se limitaban a señalar el tipo de proceso dentro de los que se podía ordenar la suspensión provisional y tenían por garantías, la duración de la medida limitada a 120 días y la motivación del acto administrativo que ordenara la suspensión. Posteriormente, ya dentro del primer Código Disciplinario Único, en la medida se introdujeron causales que limitaban el fin de la medida y se mantenían las mismas garantías de motivación del auto y duración limitada de la suspensión, pero por un período de hasta tres meses prorrogable por otros tres. El Código, a diferencia del Decreto Ley 407 de 1994 que guardaba silencio sobre recursos, expresamente estableció que, contra la orden de suspensión provisional, no procedía recurso alguno.

El Código Disciplinario Único vigente adopta una posición más garantista respecto del servidor disciplinado. Como ya se anotó, la norma acusada no excluye la interposición de recursos contra la medida. Por el contrario, permite el recurso de reposición y establece el grado de consulta, en los términos descritos en el apartado 1.2.21 de esta sentencia.

En consecuencia, el artículo 157 acusado no viola el debido proceso, en especial en cuanto al desconocimiento de la presunción de inocencia y de los derechos de contradicción y defensa del servidor disciplinado.

4. LA NORMA ACUSADA NO VIOLA EL DERECHO AL BUEN NOMBRE

Los demandantes consideran, también, que la norma consagrada en el artículo 157 del Código contraviene el artículo 15 de la Carta Política, porque viola el derecho al buen nombre. Estiman que suspender provisionalmente al servidor público disciplinado de su cargo, función o servicio público, lo expone al deterioro de su imagen y daña su buen nombre ante la sociedad, sus compañeros de trabajo y su familia.

---

cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente" contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002 bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Política.

Sobre el derecho fundamental al buen nombre, en un reciente fallo de constitucionalidad, la Corte explicó que:

"El buen nombre ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad.[387] *El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo.*[388]*"* [389]

Por tanto, si la suspensión provisional de un servidor público -que con su propia conducta se ha puesto en condición de ser investigado y juzgado disciplinariamente, por faltas graves o gravísimas- lleva a que la opinión que los demás tienen de él se altere, ésto es resultado de la propia conducta del servidor público y no de la actuación de un tercero que busca afectar su buen nombre divulgando información falsa o errónea. La apertura de una investigación disciplinaria y la imposición de una medida provisional no constituyen, en sí mismas, violaciones del derecho al buen nombre del investigado. El efecto de estas actuaciones legítimas del Estado sobre el concepto público que se tiene del individuo no representa una distorsión de la situación del investigado si la información divulgada refleja objetivamente la decisión de la autoridad, que no puede considerarse como un prejuzgamiento o una sanción anticipada sino como el ejercicio de las funciones disciplinarias del Estado.

La Corte no desconoce que tanto el inicio de una investigación como la orden de suspensión provisional pueden generar dentro del entorno inmediato del servidor disciplinado opiniones diversas, algunas de ellas negativas. El derecho al buen nombre, no impide su propia evolución, es decir, cambios y alteraciones en la imagen que se desprenden de la conducta de la persona. No obstante, esta Corporación ya ha reiterado que:

---

[387] Sentencia T-977 de 1999.

[388] En la Sentencia SU-082 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía, la Corte hace una relación de la jurisprudencia en torno al concepto y los alcances de los derechos al buen nombre y a la honra.

[389] La sentencia C-489 de 2002, MP Rodrigo Escobar Gil, continua explicando que "Por su parte, el artículo 21 de la Carta contempla el derecho a la honra, concepto este último que aunque en gran medida asimilable al buen nombre, tiene sus propios perfiles y que la Corte en la sentencia T-411 de 1995 definió como la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan. Puso de presente la Corte que, en este contexto, la honra es un derecho "... que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad".

""(…) el derecho al buen nombre no es gratuito. Por su misma naturaleza exige como presupuesto indispensable el mérito, esto es, la conducta irreprochable de quien aspira a ser su titular y el reconocimiento social del mismo. En otros términos, el buen nombre se adquiere gracias al adecuado comportamiento del individuo, debidamente apreciado en sus manifestaciones externas por la colectividad". (T- 229 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

5. LOS EFECTOS SOBRE LA REMUNERACIÓN DEL SERVIDOR QUE SEA SUSPENDIDO NO DESCONOCEN EL DERECHO AL TRABAJO NI EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

Como ya se anotó, la medida acusada tiene como fin evitar que a lo largo de la actuación disciplinaria se concrete la posibilidad de que (i) el servidor disciplinado interfiera en ella, o (ii) que éste siga atentando contra los bienes jurídicamente tutelados que originaron el proceso disciplinario en curso.

Ahora bien, el inciso primero de la norma acusada, establece que el servidor provisionalmente suspendido queda *"sin derecho a remuneración alguna*". En este punto, los demandantes consideran que la medida vulnera el derecho al mínimo vital del suspendido y de su familia y desconoce la especial protección constitucional del trabajo.

Uno de los principios mínimos fundamentales laborales que consagra el artículo 53 de la Carta Política es que la remuneración debe ser *"proporcional a la cantidad y calidad de trabajo"*. Este principio establece una relación entre remuneración y trabajo. De ahí que *prima facie* parezca razonable que quien no realiza ningún trabajo no reciba ninguna remuneración. De lo contrario, el legislador estaría permitiendo que un investigado o juzgado por falta grave o gravísima, suspendido provisionalmente de su trabajo, fuera remunerado por el Estado sin estar trabajando. Esto, en la práctica, equivaldría a concederle una licencia remunerada al servidor disciplinado. Por eso, las sentencias de esta Corporación que han abordado el tema han estimado "lógico" y "con sentido" que el suspendido lo sea "sin derecho a remuneración alguna".

Ahora bien, el mismo artículo 53 superior que consagra la relación entre remuneración y trabajo, consagra también, como principio mínimo fundamental laboral, el carácter vital de la remuneración al incluir la *"remuneración mínima vital y móvil"*.

Sin embargo, el supuesto de esta garantía es que la persona esté realizando efectivamente un trabajo, dado que la remuneración se causa por el servicio público prestado. Si un servidor público no está laborando porque ha sido suspendido en aplicación de la ley y después de haberse verificado que se reúnen los requisitos legales para suspenderlo provisionalmente, entonces la Constitución no ordena que sea remunerado por el servicio público que no está prestando. La opción inversa tendría no sólo dificultades prácticas sino jurídicas. En efecto, si durante el tiempo que dure la suspensión el suspendido recibe su remuneración ordinaria y luego llegare a ser sancionado disciplinariamente con destitución, los salarios deberían ser reintegrados para evitar no solo el pago de lo no debido, sino que una persona que violó el régimen

disciplinario y dejó de laborar obtenga una remuneración que manifiestamente no es proporcional ni a la cantidad ni a la calidad del trabajo.

Por eso, el legislador optó por prever que el suspendido tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir en cuatro eventos enunciados en el artículo 158 del CDU. Así, quien haya sido suspendido, pero no sea luego sancionado, recibirá su remuneración durante el lapso en que no laboró pero tenía un interés legítimo protegido a continuar trabajando.

Ahora bien, el legislador dentro de su margen de configuración podría establecer que el servidor suspendido recibirá una suma de dinero con el fin de aliviar la carga que para dicho servidor y su familia podría significar una suspensión provisional.[390] Pero, se repite, el legislador puede tomar esta decisión, pero no está obligado por la Constitución a disponer que quien no está trabajando en todo caso reciba una remuneración equivalente a la que se le pagaría si efectivamente estuviera laborando.

Por lo anterior, no es inconstitucional que la norma establezca que la suspensión se hará sin derecho a remuneración alguna.

6. LOS PROBLEMAS DE PROPORCIONALIDAD Y LA NECESIDAD DE UNA SENTENCIA CON CONDICIONAMIENTOS

El análisis anterior no obsta para que la Corte encuentre que le asiste la razón al actor cuando manifiesta que la norma acusada plantea un problema de proporcionalidad. Este se deriva de que la suspensión provisional del servidor público sin derecho a remuneración alguna puede prolongarse hasta por nueve meses, en el evento de que sea prorrogada dos veces.

Pasa entonces la Corte a determinar si ello es desproporcionado. Para analizar esta cuestión la Corte se fundará en su jurisprudencia según la cual el principio de proporcionalidad impide que las limitaciones a los derechos constitucionales fundamentales sean desproporcionados en la medida en que dicho principio constituye una prohibición de exceso.[391]

Según la norma acusada, el período de suspensión provisional, que puede ser de hasta tres meses, puede luego prorrogarse dos veces. Si bien es cierto que, para quien es suspendido provisionalmente encontrar una fuente alternativa de ingresos -como solicitar un crédito, acudir a la solidaridad de familiares o amigos o disponer de sus

---

[390] En Francia, por ejemplo, donde la suspensión procede respecto de agentes de autores de faltas graves como una medida conservatoria de urgencia adoptada en interés del servicio, la retención de la remuneración no ha sido siempre total. Entre 1946 y 1959 se podía retener la mitad de la remuneración. Luego se permitió la retención de toda la remuneración para los servidores públicos civiles. Respecto de los militares desde 1972 se permite que en caso de suspensión la retención sea igual o superior a la remuneración, pero se excluyen de ella los suplementos para atender las cargas familiares. René Chapus. Droit Administratif General. Tome 2. Montchrestien, París, 1997, p. 325.

[391] Ver recientemente la sentencia C-226 de 2002, MP Álvaro Tafur Galvis.

ahorros- es una carga transitoria legítima para quien está siendo investigado por una falta grave o gravísima, esperar que el servidor encuentre una solución que le permita sustituir completamente la suspensión de remuneración a la luz del principio de proporcionalidad por un lapso que puede ser hasta de nueve meses, merece un análisis cuidadoso.

En primer lugar cabe advertir que la suspensión de la remuneración por tres meses no parece desproporcionada. Es un término acorde con la finalidad prudencial de la medida, suficiente para que sus efectos se surtan, compatible con su naturaleza provisional y su vocación de transitoriedad e idóneo para suspender completamente cualquier vínculo del servidor público con el Estado. Además, la determinación previa del lapso le ofrece al suspendido la posibilidad de prever su impacto y de adaptarse a las nuevas circunstancias, a la espera de una decisión definitiva dentro del proceso disciplinario. Por otra parte, el lapso de tres meses estimula al funcionario que adelanta la investigación disciplinaria a ejercer sus atribuciones con la mayor diligencia durante el término de la suspensión, antes de que el suspendido reasuma el cargo.

En segundo lugar, las prórrogas de la suspensión aumentan dicha carga. Por ello, es necesario precisar las condiciones en que éstas pueden ser ordenadas.

La primera prórroga no está sometida a ninguna condición específica explícita. Cabría la interpretación plausible que ésta depende de la apreciación del funcionario que adelanta la investigación disciplinaria. Esto contradice los fines que justifican los primeros tres meses de suspensión de la remuneración. En efecto, admitir la posibilidad de una prórroga librada a la discreción del investigador disciplinario desestimularía que la investigación sea adelantada diligentemente durante los primeros tres meses de suspensión. Además, la finalidad de evitar que continúe o se reitere la falta, se puede cumplir, según las circunstancias de cada caso, con la suspensión por tres meses que interrumpe la relación del servidor con su cargo y le impide ejercer las funciones que, supuestamente, le permitieron realizar la falta por la cual está siendo investigado. En caso de que por la especial complejidad de la investigación, la suspensión deba prorrogarse, la norma acusada no indica los requisitos que deben reunirse. Como ya se anotó en el apartado 1.2.4, caben dos interpretaciones. La primera consiste en admitir que la decisión de prorrogar no está sujeta a los mismos requisitos que la determinación de decretar la medida de suspensión provisional. Según esta interpretación, el inciso tercero de la disposición acusada refiere las garantías previstas en él y en los incisos siguientes conexos con éste, al auto que “decreta” la suspensión. Sin embargo, a esta interpretación literal se opone otra sistemática y teleológica según la cual, dado que la continuidad de la medida está sometida al cumplimiento de las mismas condiciones para decretarla y que el funcionario que la decretó tiene el deber de revocarla en cualquier momento cuando los motivos que la justificaron desaparezcan (inciso cuarto de la disposición acusada), entonces los autos que ordenen la prórroga también deben reunir los mismos requisitos que el auto que decreta la suspensión.

Las interpretaciones anteriores también caben respecto de la segunda prórroga, salvo en un aspecto. Para la segunda prórroga la norma acusada establece una condición

procesal, más no una garantía. Esta condición consiste en que dicha prórroga sólo puede ser ordenada “una vez proferido el fallo de primera o única instancia”. No distingue la norma entre fallo sancionatorio o fallo absolutorio. Así después del fallo absolutorio, cabría la interpretación de que mientras se deciden los recursos a que hubiere lugar, el servidor podría continuar suspendido. De otro lado, acudiendo a una interpretación sistemática y teleológica, se llegaría legítimamente a la interpretación contraria puesto que una vez proferido fallo absolutorio, no puede sostenerse que subsisten los motivos para suspender al servidor público puesto que un acto de la autoridad disciplinaria competente concluyó que no había falta y, por lo tanto, los supuestos materiales de la suspensión han desaparecido.

Si bien una norma legal puede tener varias interpretaciones todas ellas compatibles con la Constitución, en este caso la Corte encuentra que dos de los sentidos de la norma acusada son contrarios a la Carta.

Primero, la interpretación según la cual el acto que ordena una prórroga es discrecional del funcionario representa un riesgo de arbitrariedad y discriminación constitucionalmente intolerable y comporta para el suspendido el deber de soportar una carga excesiva – la suspensión sin derecho a remuneración hasta por nueve meses a voluntad del funcionario disciplinario competente – de la cual no podría defenderse. Ello representaría una afectación desproporcionada de su derecho de defensa así como del derecho al mínimo vital. El suspendido tiene constitucionalmente el derecho a que cada prórroga de la medida cautelar reúna los requisitos que debe llenar el auto que decreta la suspensión provisional porque, de lo contrario, las cargas que recaen sobre el suspendido deberían ser soportadas irremediablemente por éste a voluntad del funcionario competente, lo cual es contrario al Estado Social de Derecho y al principio de proporcionalidad consustancial a éste.

Segundo, la interpretación según la cual aún después de dictarse fallo absolutorio de primera o única instancia procede una segunda prórroga también resulta contraria la Carta. La Constitución prohíbe que quien no ha incurrido en ninguna falta según la autoridad competente para determinar su responsabilidad disciplinaria, sea tratado como si subsistieran “serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere”. En efecto, dictado el fallo absolutorio los fines que justifican la medida provisional han sido desvirtuados por la propia autoridad disciplinaria que ya culminó la investigación, juzgó y falló, y que concluyó que no había falta que pudiera continuar siendo cometida o reiterada. La proporcionalidad de la medida provisional depende de que ésta propenda por los fines que la justifican, lo cual deja de ser posible después de proferido el fallo absolutorio. Además, extender después de seis meses de suspensión la duración de la medida por tres meses más, cuando el fallo ha sido absolutorio, representa una carga desproporcionada para quien el propio Estado ha declarado exento de responsabilidad disciplinaria.

Por las razones anteriores, la Corte condicionará la exequibilidad de la norma para excluir del ordenamiento jurídico las interpretaciones mencionadas contrarias a la Constitución y para asegurar que se respetarán los derechos del suspendido dentro de un Estado Social de Derecho. Así la declarará exequible en el entendido de que el acto que ordene la prórroga debe reunir también los requisitos establecidos en este artículo para la suspensión inicial y la segunda prórroga sólo procede si el fallo de primera o única instancia fue sancionatorio.

Artículo 158. ***Reintegro del suspendido.*** Quien hubiere sido suspendido provisionalmente será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio, o decisión de archivo o de terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia, ~~salvo que esta circunstancia haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o de su apoderado~~.

Jurisprudencia: El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-1076/02**.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - No es discrecional / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Reintegro del suspendido

a) Cargos de la demanda

Encuentra el demandante que la expresión *"salvo que esta circunstancia haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o de su apoderado",* contenida en el artículo 158 y en el 213, adolecen de una omisión legislativa por cuanto no se fija un término adicional durante el cual debe permanecer suspendido el investigado cuando se configura la hipótesis plateada en la parte demandada, quedando abierto indefinidamente el término de suspensión provisional o por lo menos atado a la duración del proceso, lo que debe interpretarse como la pérdida del derecho al reintegro y al pago de la remuneración mientras termina el proceso, lo cual es desproporcionado e irrazonable.

b) Problema jurídico

Se debe establecer si la expresión demandada es constitucional por cuanto deja en manos de la autoridad que adelanta completamente en manos (sic) de la investigación

disciplinaria acordar todos los efectos jurídicos al reintegro del suspendido temporalmente.

(…)

e) Consideraciones de la Corte.

La disposición demandada se refiere a que el funcionario que ha sido reintegrado a su cargo, luego de haber sido provisionalmente suspendido, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante aquel tiempo, salvo que el reintegro se produzca por expiración del término de suspensión debido al comportamiento dilatorio del investigado o de su defensor.

Al respecto, esta Corporación considera que las expresiones demandadas contienen elementos subjetivos que le permiten al funcionario respectivo lesionar los derechos patrimoniales que le asisten al disciplinado que ha sido reintegrado a sus funciones, consistiendo en una medida abiertamente desproporcionada.

En efecto, si bien la suspensión provisional del cargo es una medida cautelar disciplinaria, mediante la cual se pretende amparar el interés general y por ende es constitucionalmente válida, también lo es que su aplicación está limitada temporal y materialmente, y correlativamente, los efectos que comporta el reintegro del suspendido no pueden quedar al arbitrio del funcionario que adelantó la investigación. De tal suerte que al legislador le estaba vedado conceder una facultad de valoración tan amplia y subjetiva al funcionario investigador que conduce a sancionar, en la practica, el ejercicio del derecho de defensa legítimo del disciplinado, así como sus derechos patrimoniales. En otros términos, la disposición demandada deja completamente al arbitrio de quien tomó la decisión de suspender provisionalmente a un funcionario público, considerar si este último o su apoderado incurrieron en un comportamiento dilatorio y por ende a negar el derecho que le asiste al reintegrado del reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la inexequibilidad de las expresiones *salvo que esta circunstancia haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o de su apoderado,* que figura en el artículo 158 de la Ley 734 de 2002 y *salvo que esta circunstancia haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o de su defensor,* que aparece recogida en el artículo 213 de la Ley 734 de 2002.

Artículo 159. ~~***Efectos de la suspensión provisional.*** Si el suspendido provisionalmente resultare responsable de haber cometido una falta gravísima, la sanción de destitución e inhabilidad general que se le imponga se hará efectiva a partir de la fecha de la suspensión provisional~~.

Jurisprudencia: Este artículo fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-036/03**.

> **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Finalidad / **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** - Deben respetarse límites temporales y materiales en su aplicación / **SANCIONES** - Irretroactividad en la aplicación de las sanciones penales y disciplinarias

a) Cargos de la demanda

En cuanto al artículo 159, expresa que viola el artículo 29 de la Carta por desconocimiento del principio de favorabilidad, al señalar que al suspendido provisionalmente que resulte responsable de haber cometido una falta gravísima, la sanción de destitución e inhabilidad general que se le hará efectiva a partir de la fecha de suspensión provisional, determinando la retroactividad de la sanción disciplinaria, al empezar la aplicación de dicha sanción en un momento diferente a aquel en que fue proferida.

(…)

d) Consideraciones de la Corte.

La Corte ha sostenido que la figura de la suspensión provisional, en materia disciplinaria, es una medida conforme con la Carta Política por cuanto su finalidad es la evitar interferencias nocivas del presunto autor de una falta grave o gravísima en el curso de una investigación que se está adelantando en su contra o impedir que la continúe cometido, y en consecuencia, la institución procesal se incardina en la salvaguarda del interés general. No obstante, las importantes consecuencias patrimoniales, personales y profesionales, de todo orden, que su aplicación conlleva para el disciplinado, conducen a enfatizar la vigencia de los límites temporales y materiales que deben respetarse al momento de su aplicación, por parte de la autoridad competente, y por supuesto, a que los efectos que aquélla produce sean conformes con la Constitución.

En el caso concreto, el legislador previó, en el artículo 159 del nuevo Código Disciplinario Único, unos efectos a la suspensión provisional que vulneran el principio constitucional de irretroactividad en la aplicación de las sanciones penales y disciplinarias. En numerosas oportunidades la Corte ha tenido ocasión de referirse al mencionado principio, en los siguientes términos:

> *"El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Una nueva ley, dispone tal principio*

fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron."[392]

De tal suerte que en el presente asunto el legislador previó la aplicación de una sanción disciplinaria de manera retroactiva por cuanto la destitución y la inhabilidad general se le están imponiendo con efectos hacia el pasado, vulnerando, de esta manera, una de las principales garantías que rigen el proceso disciplinario.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la inexequibilidad del artículo 159 de la Ley 734 de 2002.

Artículo 160. ***Medidas preventivas.*** Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería ~~Distrital de Bogotá~~ adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida sólo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien éste delegue de manera especial, y el Personero ~~Distrital~~.

Jurisprudencia: El artículo 160 ha sido objeto de los siguientes pronunciamientos:

1.- Este artículo fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-977/02** de la Corte Constitucional.

2.- El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-037/03**.

Los apartes sustanciales pertinentes se transcriben a continuación:

SENTENCIA C-977/02

MEDIDAS PREVENTIVAS - Intención del legislador

---

392 Corte Constitucional, sentencia C-402 de 1998.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN - Funciones preventivas

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA - Colaboración armónica entre los órganos del Estado

MEDIDAS PREVENTIVAS - Finalidad / **MEDIDAS PREVENTIVAS** - Facultades para el logro del objetivo

MEDIDAS PREVENTIVAS - Solicitud de suspensión del procedimiento, acto o contrato administrativo / **MEDIDA PROVISIONAL** - Contenido de la solicitud de suspensión del procedimiento, acto o contrato administrativo

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN - Facultad de suspender preventivamente procedimientos administrativos, actos y contratos / **PERSONERO DISTRITAL DE BOGOTÁ** - Facultad de suspender preventivamente procedimientos administrativos, actos y contratos

MEDIDAS PREVENTIVAS - Respuesta a la solicitud de suspensión del procedimiento, acto o contrato administrativo

MEDIDAS PREVENTIVAS - Autonomía del destinatario de la solicitud

MEDIDA PROVISIONAL - No vulnera competencias de otras autoridades / **MINISTERIO PÚBLICO** - Funciones preventivas

SUSPENSIÓN JUDICIAL Y MEDIDA PREVENTIVA - Diferencias

MEDIDA PROVISIONAL Y RESPONSABILIDAD FISCAL - Diferencias

MEDIDAS PREVENTIVAS - Principio de buena fe / **MEDIDAS PREVENTIVAS** - Presunción de inocencia

MEDIDAS PREVENTIVAS - No generan prejudicialidad disciplinaria

MEDIDAS PREVENTIVAS - Facultad excluyente del Personero Distrital de Bogotá / **MINISTERIO PÚBLICO** - No es demandante / **MEDIDAS PREVENTIVAS** - Cosa juzgada relativa

2. Problema jurídico

La demanda contra el artículo 160 de la Ley 734 de 2002 plantea a la Corte los siguientes problemas jurídicos: ¿Es contrario al principio de la buena fe, a la presunción de inocencia y a la distribución constitucional de competencias entre el Ministerio Público y la administración que se faculte al Procurador General de la Nación, o a su

delegado especial para el efecto, y al Personero Distrital de Bogotá, en el desarrollo de diligencias disciplinarias, para "solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución" cuando se evidencien circunstancias que permiten inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público? Además, el Ministerio Público plantea en su concepto un segundo problema relativo al artículo 13 de la Carta que se puede sintetizar en la siguiente pregunta: ¿Viola el principio de igualdad que la norma acusada atribuya únicamente al Personero Distrital de Bogotá la facultad mencionada y no asigne la misma atribución a los demás personeros distritales y municipales?

(…)

En conclusión, del examen de los antecedentes legislativos puede concluirse que tanto a la luz del método genético-originario, del método finalista-subjetivo u objetivo y del método sistemático, la intención del legislador en la aprobación del proyecto de ley fue conceder al Procurador General de la Nación y al Personero de Bogotá la facultad de solicitar la suspensión de los procedimientos, actos y contratos, o su ejecución, cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público.

4. Funciones preventivas del Procurador y su importancia para defender el interés colectivo de la moralidad administrativa

De los debates legislativos es posible concluir que la medida provisional de solicitud de suspensión de los procedimientos administrativos, actos y contratos, o de su ejecución, durante la investigación disciplinaria es un instrumento concebido específicamente para fortalecer al Procurador General de la Nación y al Personero de Bogotá en la lucha contra la corrupción y evitar oportunamente los devastadores efectos que ella tiene para el país. En la transcripción de la intervención de uno de los ponentes del proyecto de ley, durante la discusión en primer debate en la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, se lee:

> "Sanción para los servidores públicos, que desde el Ejecutivo manipulen a las Corporaciones Públicas, con contratos, con puestos para conseguir la expedición de las Leyes. Destitución con inhabilidad para ejercer funciones públicas por 20 años. Esa es una lucha contra la corrupción (...).
>
> Nadie la ha podido controlar, ni la Fiscalía, ni las Superintendencias, ni las Contralorías, absolutamente nadie, ni la Procuraduría. Cómo hacen para controlar la coima que reciben los alcaldes cuando adjudican los contratos. El 10% se ha convertido en Ley de la República, o el 20%. Como hacen para controlar a los funcionarios públicos que se inventan la declaratoria de urgencia manifiesta. Cuando no se dan esos presupuestos para evitar la licitación pública y contratar directamente y ganarse unas millonadas de comisiones. Cómo se hace para evitar parar las licitaciones públicas, en su

> debido momento para que no se cause el daño, cuando todo aparentemente es legal.
>
> Pues, no ha habido herramientas (...).
>
> De que sirven las investigaciones ya cuando los daños están consumados. Las coimas están recibidas. Son medidas preventivas que son necesarias. La corrupción, en materia de contratación en mi concepto no podrá detenerse si no hay herramientas jurídicas más avezadas, más audaces y aquí las estamos incorporando."[393]

Para lograr el objetivo de fortalecer al Estado, particularmente a la Procuraduría y a la Personería Distrital de Bogotá, con la atribución de nuevas facultades para la lucha contra la corrupción administrativa, el Congreso consagró la medida preventiva objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad. Ello con fundamento tanto en la posibilidad de que la ley le asigne al Procurador General de la Nación funciones adicionales a las enunciadas en la Carta (artículo 277 numeral 10) como en el numeral 7 del citado artículo de la Constitución que confía al Jefe del Ministerio Público la función constitucional de "intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (Se subraya). Es así como el artículo 160 del Código Disciplinario Único busca desarrollar y concretar la mencionada intervención del Procurador ante las autoridades administrativas con miras a defender el orden jurídico y el patrimonio público, entre otros, dentro de una visión de la Procuraduría que valora especialmente sus funciones preventivas.[394]

En efecto, ejercer preferentemente el poder disciplinario como concreción de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas es tan sólo una de las múltiples atribuciones que la propia Constitución confía al Procurador General de la Nación para que éste las cumpla, "por sí o por medio de sus delegados y agentes" (artículo 277 numeral 6).

Además, de esta atribución que conduce a la imposición de sanciones disciplinarias, la Procuraduría General de la Nación tiene funciones de naturaleza preventiva, no sancionatoria. La misión preventiva de la Procuraduría encuentra fundamento en varias disposiciones constitucionales. Es así como, por ejemplo, para vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos

---

[393] Gaceta No 25 del 6 de febrero de 2001, pág. 6. Transcripción de la intervención del Senador Darío Martínez Betancourt.

[394] Reza el numeral 2 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000: "ARTÍCULO 7 • ‹. Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: ... || 2. Formular las políticas generales y criterios de intervención del Ministerio Público en materia de control disciplinario, vigilancia superior con fines preventivos, actuación ante las autoridades administrativas y judiciales y centros de conciliación, y promoción, protección y defensa de los derechos humanos." (Se subraya)

(artículo 277 numeral 1, C.P.), el Procurador puede exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria (artículo 277 numeral 9, C.P.).

También puede "intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas" cuando se reúnan las condiciones señaladas en el numeral 7 del artículo 277 de la Carta. Dentro de éstas resultan especialmente relevantes para analizar la constitucionalidad de la norma acusada la necesidad de defender tanto "el orden jurídico" como "el patrimonio público". Ello guarda consonancia con la función de "defender los intereses colectivos" (artículo 277 numeral 4 C.P.) tales como los enunciados en el artículo 88 de la Constitución entre los cuales se destacan los relacionados "con el patrimonio" y "la moralidad administrativa", así como con la función de "velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas" (artículo 277 numeral 5 C.P.), funciones éstas que deben estar "al servicio de los intereses generales", no de intereses particulares o privados, y que deben desarrollarse "con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" por mandato expreso del artículo 209 de la Carta.

Claramente el Constituyente no pretendió hacer una enumeración taxativa de las funciones de la Procuraduría, puesto que facultó al legislador para determinar otras atribuciones compatibles con la posición institucional y la misión constitucional del Ministerio Público (artículo 277 numeral 10 C.P.).

Adicionalmente, de los antecedentes constitucionales queda claro que para el Constituyente las funciones otorgadas al Procurador General de la Nación también tienen un carácter preventivo[395], toda vez que se dirigían a vigilar la conducta de los funcionarios públicos y el cumplimiento del ordenamiento jurídico, a velar por un ejercicio eficiente y diligente de sus funciones administrativas, a intervenir ante ellos en caso de necesidad de defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales. Es decir, se quiso dar a la Procuraduría el carácter pleno de órgano de control y de vigilancia con herramientas suficientes para actuar de manera oportuna y eficaz, todo ello sin invadir la órbita de competencia de otros órganos. En efecto, en sesión de la comisión cuarta de la Asamblea Nacional Constituyente correspondiente al día 22 de abril de 1991, en relación con la facultad del Procurador General de la Nación para "intervenir en los procesos y ante las autoridades

---

395 La discusión en torno al numeral 7 del artículo 277 C.P. versó sobre si la intervención en cuestión debía darse siempre, es decir, en todo proceso, o si sólo debía tener lugar cuando fuere necesario. Como surge de manera obvia de la redacción final del texto, se prefirió que el Procurador sólo interviniera cuando ello fuere necesario. Para evitar que tal facultad pareciere discrecional, se evitó que el texto dijera "cuando el Procurador lo considere necesario" y se introdujo la expresión "cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, etc. Así, dejando en claro que no intervendría en todos los procesos que ante las autoridades administrativas o judiciales se adelantaran, se añadió que por las mismas razones que tal intervención resultaba necesaria, intervendría el Procurador ante las mismas autoridades, aun en ausencia de todo proceso. En la discusión se mencionó que una intervención de este tipo tenía, a pesar de no ser permanente, un carácter preventivo (Se subraya). Ver Actas de la Asamblea Nacional Constituyente correspondientes a la discusión del día 22 de abril de 1991, en: Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes de los artículos 272-277, págs. 34 ss.

judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico...", se expresó:

> "(E)stamos haciendo que (el Ministerio Público) intervenga aquí, intervenga en las actuaciones y procesos judiciales y administrativos cuando el Procurador o el Defensor (del Pueblo) encuentre que se ha violado el orden jurídico, que es necesario para la defensa del orden jurídico, aunque aún en carácter preventivo ...".[396] (Subrayado fuera de texto)

Las funciones mencionadas no se encontraban asignadas al Ministerio Público en la Constitución anterior. Como se recordará, el artículo 143 señalaba que "corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social". A su turno el artículo 145 precisaba que las funciones especiales del Procurador General de la Nación eran "1) cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes; 2) acusar ante la Corte Suprema a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponda a esta corporación; 3) cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo, y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan; 4) nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia". Si bien esa función especial de cuidado y la atribución general de defender los intereses de la Nación comprendían el ejercicio de una misión institución de carácter preventivo, ésta fue ampliada y desarrollada por el propio constituyente en 1991, en los términos anteriormente indicados. Este cambio fue acompañado de un reconocimiento del Procurador General de la Nación como depositario directo y específico de la confianza del constituyente para que ejerciera las facultades necesarias para cumplir dicha misión institucional.

Las funciones preventivas del Procurador General de la Nación pueden ser desarrolladas por el legislador en ejercicio de la potestad de configuración que la Constitución le confiere. La Carta no estableció un modelo único y rígido de concreción de la misión institucional del Procurador General en el ámbito preventivo. El legislador puede optar por regular de manera integral dicha misión o por desarrollar tan solo una de las funciones que se inscriben en dicho ámbito. Puede también establecer una separación clara entre las funciones preventivas, las funciones protectoras de los derechos y las funciones sancionatorias de orden disciplinario, o, alternativamente, puede, por ejemplo, establecer relaciones específicas entre el ejercicio del poder disciplinario y la concreción de ciertas atribuciones de carácter preventivo. La norma acusada expresa la decisión del legislador de permitir que dentro del contexto de un proceso disciplinario se ejerza una función preventiva específica encaminada a impedir la vulneración del orden jurídico y la defraudación del patrimonio público.

---

[396] Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes de los artículos 272-277, pág. 37.

Dentro de su potestad de configuración, el legislador puede regular diferentes formas de colaboración armónica entre los órganos del Estado y contemplar modalidades distintas de medidas preventivas atribuidas al Procurador General de la Nación (artículo 113 C.P.). En efecto, la Constitución introdujo un cambio importante en cuanto al principio de colaboración armónica adoptado en 1936.[397] Dicho principio se aplicaba a las ramas del poder público, en su versión clásica. No obstante, habida cuenta de que en atención a las necesidades de la evolución institucional el Constituyente reconoció la existencia de órganos autónomos que no pertenecen a tales normas del poder, también extendió en el inciso segundo del artículo 113 el ámbito de este principio a la relación entre órganos que no integran las ramas del poder público. La Procuraduría General es uno de tales órganos que gozan de autonomía constitucional y sus funciones preventivas son una materialización de este principio de colaboración armónica que busca evitar que otra rama u órgano incurra en una vulneración del ordenamiento jurídico o genere un detrimento patrimonial.

5. La medida provisional tal como está diseñada no desconoce las competencias constitucionales de los diversos órganos del Estado

El análisis del alcance de la norma acusada lleva a la Corte a afirmar que se trata aquí de una facultad constitucionalmente compatible con las demás competencias atribuidas a los diferentes órganos del Estado. El medio escogido por el legislador para fortalecer al Estado en la lucha contra la corrupción es razonable y proporcionado, sin que pueda afirmarse, luego de haber precisado el alcance de esta facultad, que ella desvertebre el diseño constitucional de competencias establecido en la Carta Política. Tal conclusión fluye del análisis de la norma acusada y del alcance de las funciones asignadas al Procurador General de la Nación y al Personero Distrital de Bogotá.

5.1 Constitucionalidad del diseño de la medida provisional

5.1.1 La estructura básica de la norma

La norma acusada establece la facultad legal de solicitar una suspensión preventiva de procedimientos administrativos, actos o contratos o de su ejecución. No se trata de una medida cautelar en sentido estricto puesto que su finalidad no es asegurar los efectos de una eventual sanción disciplinaria. Es una medida preventiva de un ámbito de acción más amplio pero con unas especificidades que es necesario precisar.

Tal facultad es atribuida tan sólo a dos autoridades: el Procurador General y el Personero Distrital de Bogotá. La norma autoriza al primero a delegar de manera especial esta facultad. El destinatario de la solicitud en cambio, no se menciona, pero está implícito –la solicitud de suspensión se eleva ante alguien– y puede deducirse sin

[397] Constitución de 1936. "Artículo 52. Son Órganos del Poder Público: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. || Los Órganos del Poder Público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado."

problema hermenéutico alguno del sentido de la norma y los antecedentes legislativos: la medida se dirige a la respectiva autoridad administrativa[398], esto es, a aquella autoridad que adelanta el correspondiente procedimiento administrativo, ha expedido el respectivo acto administrativo o puede ejercer la competencia legal para contratar a nombre del Estado. No obstante, los únicos destinatarios potenciales de la solicitud de suspensión no son los servidores públicos. También pueden serlo los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas de conformidad con las condiciones establecidas en la Constitución y en las leyes (artículo 123 C.P.).

El contexto de la norma es el procedimiento disciplinario puesto que la medida provisional sólo puede ejercerse cuando se adelantan diligencias disciplinarias por la Procuraduría o la Personería Distrital de Bogotá. Ello significa que el sustento probatorio de la medida debe obrar en un expediente disciplinario. No obstante, la norma acusada no regula la única facultad preventiva del Procurador General, de tal forma que el contexto disciplinario de ésta precisa atribución no debe entenderse como una restricción a otras facultades preventivas que le confieren la Constitución y las leyes.

Las condiciones de aplicación de la norma, o sea, del ejercicio de la facultad en ella consagrada, tienen un doble carácter: teleológico y objetivo. De no cumplirse con dichas condiciones de aplicación, estaríamos ante el ejercicio ilegal de la medida preventiva en mención. Las condiciones teleológicas consisten en la finalidad de hacer cesar los efectos y de evitar los perjuicios que puedan derivarse de la no suspensión de los procedimientos administrativos, actos o contratos en cuestión. Otras motivaciones, como por ejemplo la inconveniencia política o la impopularidad de la autoridad competente, no justifican jurídicamente el ejercicio de la medida. Por su parte, las condiciones objetivas tienen que ver con las circunstancias que permitan inferir, primero, que se vulnera el ordenamiento jurídico o, segundo, que se defraudará al patrimonio público. Se trata aquí de condiciones objetivas cuya apreciación corresponde al titular de la competencia. Si bien el proceso de intelección mental supone un elemento subjetivo de valoración, no cabe razón a la demandante cuando afirma que la medida provisional es de entera discrecionalidad del Procurador o el Personero Distrital.

---

[398] En efecto, el artículo inicialmente propuesto en el proyecto de ley mencionada el sujeto pasivo de la medida provisional: ""Artículo 166. *Prejudicialidad disciplinaria en actuaciones administrativas*. Cuando la Procuraduría General de la Nación adelante diligencias disciplinarias por las faltas a que se refiere el artículo 48, numerales 30, 31, 32, 33, 34 y 35 de este código, el Procurador General de la Nación podrá solicitar de la respectiva autoridad administrativa la suspensión de la actuación propia de la licitación, del concurso público o de la formalización de la contratación directa...", Gaceta del Congreso N° 31 de febrero 7 de 2001, pág. 24.

La inferencia sobre la posible ocurrencia de los hechos que se pretenden evitar, a saber, la vulneración del ordenamiento jurídico o el detrimento patrimonial del Estado, es un juicio lógico cuya corrección depende de que se verifiquen los hechos invocados para afirmar la existencia de un riesgo. Dicha existencia debe surgir de un hecho manifiesto puesto que la norma exige que "se evidencien circunstancias que permitan inferir" la vulneración o la defraudación. Se trata, por lo tanto, de un juicio de razón objetivo dentro de unos márgenes de apreciación, por lo tanto, controlable. Si las circunstancias invocadas como generadoras de la probabilidad de ocurrencia del desenlace indeseado no son evidentes, entonces se estará ante una extralimitación del órgano de control en el ejercicio de sus funciones, que acarrea consecuencias jurídicas para el Procurador General o el Personero Distrital.

Finalmente, subraya la Corte que como la norma acusada regula las facultades del Procurador General y del Personero de Bogotá en el contexto del proceso disciplinario, ésta no atribuye a las autoridades administrativas nuevas competencias para suspender los procedimientos, los actos, los contratos o su ejecución. Estas autoridades, dentro del ámbito de sus funciones y de sus facultades específicas, deben decidir, primero, si es necesario hacer cesar los efectos y evitar un perjuicio y, segundo, cuál es el medio apropiado a su alcance en virtud de las leyes vigentes para lograr esos fines, dada la naturaleza del objeto de la solicitud de suspensión puesto que las reglas legales en cada caso son diferentes, como se verá posteriormente respecto de los procedimientos administrativos, los actos, los contratos o su ejecución.

5.1.2 Objeto de la medida provisional

La solicitud de suspensión dirigida a la autoridad administrativa correspondiente puede recaer sobre procedimientos administrativos, actos o contratos. En atención a que las posibilidades jurídicas de suspender cada una de estas actuaciones es diferente y puede conllevar efectos diversos para las personas posiblemente afectadas por la decisión, es necesario establecer el sentido de la disposición al momento de juzgar su constitucionalidad.

La norma acusada señala que la solicitud puede recaer sobre un procedimiento administrativo, un acto, un contrato o su ejecución, pero no específica cuáles son las

medidas que puede adoptar el destinatario de la solicitud en cada caso. La Corte entiende que la disposición no atribuye a los destinatarios una facultad novedosa para suspender procedimientos, actos o contratos. Ese no es su objeto ni su finalidad y, por ello, el texto del artículo se limita a regular una medida provisional dentro del contexto del régimen disciplinario.

En este orden de ideas, el destinatario de una solicitud de suspensión debe, como se anotó anteriormente, analizar si el ordenamiento jurídico vigente le atribuye alguna facultad que le permita cumplir la finalidad de la norma: lograr que cesen los efectos y se evite un detrimento patrimonial. La facultad idónea para alcanzar este objetivo no tiene que ser específicamente una facultad de suspensión puesto que el ordenamiento contempla diversas atribuciones, establecidas en distintas leyes, tales como el Código Contencioso Administrativo y el Estatuto de Contratación Administrativa, que sin ser propiamente de suspensión tienen la virtud de hacer cesar los efectos o de evitar un detrimento patrimonial. En algunos casos, como por ejemplo en ciertos procedimientos administrativos, la suspensión se puede lograr por la decisión de no continuar adelantando la actuación administrativa iniciada de oficio mientras se estudia el asunto elevado por el Procurador General de la Nación o el Personero de Bogotá.

Cuando el legislador estime que las facultades que el ordenamiento vigente confiere a los potenciales destinatarios de la solicitud de suspensión son insuficientes para alcanzar las finalidades de la medida preventiva, podrá dentro del respeto a la Constitución, ejercer su potestad de configuración para complementar, mediante una ley, el régimen en vigor aplicable a los procedimientos administrativos, a los actos, a los contratos y a su ejecución.

5.1.3 Ejercicio de la medida provisional y sus efectos

La medida provisional de solicitud de suspensión del procedimiento, acto o contrato administrativo, si bien no constituye una orden que deba ser cumplida obligatoriamente por la autoridad administrativa competente, no por ello deja de surtir efectos. Como se precisó anteriormente, la medida prevista en la norma acusada no es una orden sino una solicitud. Esta debe materializarse en un acto jurídico motivado en el cual se expresen las razones por las cuales se pide la suspensión. La motivación debe desarrollar los fines y condiciones establecidos en la norma sin que ello implique señalar eventuales responsables. De tal manera que, al adelantar diligencias disciplinarias, cuando se evidencian las circunstancias aludidas por la norma, en la solicitud se debe especificar, por lo menos: a) cuáles son éstas, b) por qué se infiere de ellas que se produce o producirá el resultado que la norma pretende evitar, c) en qué consiste la vulneración del ordenamiento jurídico o la defraudación del patrimonio público en el caso concreto y d) cuál es el procedimiento, acto o contrato o su ejecución cuyos efectos deben cesar para impedir que ocurra o que continúe ocurriendo lo que es necesario, en derecho, precaver o acabar.

La norma acusada no hace imperativo solicitar la suspensión, sino que faculta al Procurador General, al Personero Distrital de Bogotá para adoptar la medida preventiva. Por lo tanto, si bien el artículo regla el ejercicio de esta facultad, éstos habrán de apreciar en cada caso si es necesario elevar la solicitud de suspensión y si se dan los presupuestos para ello establecidos en la disposición acusada. Empero, en ciertas circunstancias donde es palmario que se presenta una grave vulneración del ordenamiento jurídico o una clara defraudación del patrimonio público, la omisión en el ejercicio de esta facultad podría generar consecuencias jurídicas para quienes fueron investidos de dicha atribución, dado que los servidores públicos responden no sólo por violación de la ley sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 C.P.).

Cuando el Procurador, su delegado especial para el efecto, o el Personero Distrital de Bogotá, ante la evidencia de circunstancias que le permiten inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público, solicita la suspensión del procedimiento administrativo, acto o contrato para hacer cesar sus efectos y evitar posibles perjuicios, y el respectivo servidor público no atiende la solicitud, entonces este último asume los riesgos jurídicos que implica permitir que tales procedimientos, actos y contratos sigan surtiendo efectos. Aunque la solicitud de suspensión no tiene efectos vinculantes ya que no es una orden, sí obliga al destinatario de la medida a adoptar una decisión al respecto. Así, éste no puede guardar indefinidamente silencio sobre la solicitud; por el contrario, debe responder oportunamente a la petición que le ha sido formulada. La respuesta debe indicar si se procederá o no a adoptar una decisión que haga cesar los efectos y evite el perjuicio. En caso afirmativo, el acto correspondiente del destinatario de la solicitud debe reunir los requisitos que para su expedición establece el ordenamiento jurídico. En caso negativo, el destinatario debe expresar las razones por las cuales no procede la suspensión. Estas razones pueden ser de dos tipos, en términos generales. En primer lugar, el destinatario de la solicitud puede llegar a la conclusión de que no es procedente hacer cesar los efectos del procedimiento administrativo, del acto, del contrato o de su ejecución porque en realidad no se reúnen las condiciones establecidas en la norma acusada o porque existen otros referentes jurídicos o consideraciones de interés público que así lo exigen o aconsejan en el caso concreto. En segundo lugar, el destinatario de la solicitud de suspensión puede concluir que sí procede hacer cesar los efectos y evitar el perjuicio en el caso concreto pero encontrar que dentro de sus facultades ninguna es idónea para ese fin y, por lo tanto, carece de medios jurídicos para atender positivamente la medida preventiva.

En ambos casos, se trata de una decisión autónoma del destinatario de la solicitud de suspensión que ha de tomar dentro del ámbito de sus competencias y deberes. Será el destinatario el que aprecie las circunstancias del caso, analice el marco normativo pertinente y asuma los riesgos jurídicos de la decisión o las responsabilidades de diverso orden que de ella se puedan derivar cualquiera que sea el sentido de la misma, positivo por atender la solicitud o negativo por no atenderla. Por ejemplo, la decisión del destinatario de la solicitud puede tener consecuencias respecto de la calificación de su diligencia o negligencia.

5.2 No vulneración de las competencias de las entidades administrativas, de la jurisdicción contencioso administrativa y de la Contraloría General de la República.

La demandante asevera que la facultad consignada en el artículo 160 convierte al Procurador General y al Personero Distrital en coadministradores, y usurpa la competencia de suspender provisionalmente los actos administrativos que corresponde a la justicia contencioso administrativa (artículo 338 de la Constitución).

A juicio de la Corte la norma demandada no vulnera los artículos 113, 277 numeral 1º y 338 de la Constitución. Como ha quedado establecido en los acápites anteriores sobre el alcance (ver *supra* 3) y la estructura (ver *supra* 5.1.1) de la norma demandada, la medida provisional sólo consiste en solicitar, no en ordenar, la suspensión de procedimientos, actos o contratos. Su ejercicio de ninguna manera sustituye las competencias de otras autoridades. Por el contrario, la norma acusada encuentra plena justificación en las funciones de control y vigilancia atribuidas a la Procuraduría General de la Nación en la Constitución, así como en las funciones asignadas a la Personería Distrital de Bogotá por el Decreto Ley 1421 de 1993 dictado en desarrollo de los artículos 322 y 41 transitorio de la Constitución.

Sobre el particular cabe reiterar lo dicho sobre el alcance de las funciones de control y vigilancia asignadas a la Procuraduría General de la Nación. Tales debates muestran que las funciones preventivas del Ministerio Público, a diferencia del control posterior ejercido por la Contraloría General de la República (artículo 267 inciso 2º de la Constitución), constituyen manifestación de la voluntad expresa del Constituyente (ver *supra*).

5.2.1 Diferencias entre la suspensión administrativa y judicial. Órganos de control y autoridades administrativas no interfieren con las funciones jurisdiccionales contencioso administrativas.

Tampoco hay lugar a confundir la suspensión provisional de un acto administrativo por parte de los jueces contencioso administrativos con la medida preventiva de solicitud de suspensión por parte del Procurador General y el Personero Distrital. Ambas figuras tienen alcances y finalidades diferentes: la primera es un acto judicial que suspende temporalmente los efectos de un acto administrativo de forma que, por ejemplo, no se lesione el orden jurídico (en la acción de nulidad) o se vulneren además derechos sujetivos (acción de nulidad y restablecimiento del derecho). En contraste, la medida provisional que adopta el Procurador o Personero dentro de la investigación disciplinaria sólo tiene la virtualidad de poner en acción a la administración pública para que examine la necesidad de suspender un determinado procedimiento administrativo, acto o contrato, para evitar la vulneración del ordenamiento jurídico o el detrimento del patrimonio público así como el medio jurídico adecuado para hacerlo dentro del marco constitucional y legal vigente. No asiste, en consecuencia, razón a la demandante cuando afirma que la norma acusada conlleva la vulneración del artículo 238 de la Constitución.

5.2.2 Diferencias entre la medida provisional y la responsabilidad fiscal.

En el mismo sentido, no deben confundirse los efectos de la medida provisional de solicitud de suspensión establecida en la norma demandada con los efectos del control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República. Mientras que la primera es una medida preventiva a ejercer por la Procuraduría General de la Nación o el Personero Distrital de Bogotá con fundamento en la defensa del orden jurídico y del patrimonio público, el control fiscal se ejerce en forma posterior y selectiva sobre la gestión fiscal (artículo 267 de la Constitución), y puede traer como consecuencia la determinación de la responsabilidad fiscal por el detrimento ya irrogado al patrimonio público y la imposición de las sanciones pecuniarias correspondientes (artículo 268, numeral 5 de la Constitución). Se trata entonces de funciones claramente distintas en razón de su objeto, de sus fines, de las condiciones para su ejercicio, del momento en que pueden ser ejercidas y de sus efectos.

6. No vulneración de los principios de buena fe y presunción de inocencia

Precisado el alcance y la estructura de la norma demandada –la medida preventiva lo es para solicitar la suspensión no para decretarla– carecen de justificación los cargos relativos a la vulneración de los principios de buena fe y de presunción de inocencia. Ello porque el Procurador o el Personero, al contrario de lo afirmado por la actora, no están facultados para, al suponer la mala fe de las autoridades administrativas, “suspender los procedimientos, actos, contratos administrativos, por lo que no es cierto que se les entregue una facultad “capaz de paralizar la administración pública”. Lo mismo vale decir respecto de la presunta violación del derecho al debido proceso y del principio de presunción de inocencia (artículo 29 de la Constitución). Carece de fundamento fáctico y normativo afirmar, como lo hace la actora, que con la facultad de dictar la medida provisional establecida en la norma demandada se otorga al Procurador General de la Nación la posibilidad de “establecer una especie de presunción de responsabilidad” y de “deducir violaciones legales o daños al patrimonio público” sin proceso previo. Por el contrario, como quedó expresado en el acápite 5 de la presente providencia, la solicitud de suspensión elevada por el Procurador General o el Personero Distrital no tiene el efecto jurídico de obligar a la autoridad administrativa que adelanta el procedimiento, que dictó el acto administrativo o que celebró el contrato respectivo a que proceda a suspenderlo. Se trata de un sistema de control que modifica el sistema de riesgos en la actuación administrativa con la finalidad de combatir la corrupción y que puede tener efectos penales, disciplinarios, fiscales y políticos para el servidor público involucrado en actos u omisiones que lesionen el ordenamiento jurídico o el patrimonio público pero tales efectos no surgen de la solicitud sino de las decisiones que el servidor público adopte en ejercicio de sus funciones y su determinación está supeditada a que se adelanten los procesos establecidos en las leyes para sancionar a un servidor. Con relación a los particulares tal medida no puede tener el alcance ni servir de pretexto para desconocer sus derechos, los cuales se encuentran protegidos constitucional y legalmente.

Adicionalmente, reitera la Corte que en el trámite legislativo se le sustrajo a la norma el alcance de crear una "prejudicialidad disciplinaria" que pudiese implicar un juicio anticipado sobre la conducta de un funcionario o sobre los particulares que pudieren ser beneficiados con dicha conducta. La medida preventiva aprobada por el Congreso se funda en una apreciación objetiva relativa a la eventual vulneración del ordenamiento jurídico o al posible detrimento del patrimonio público. Además, esta apreciación debe basarse en hechos que evidencien tales circunstancias. Por lo demás, la autoridad administrativa destinataria de la solicitud de suspensión sólo podrá adoptar las decisiones correspondientes dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales y no está obligada a adoptar medidas para atender la solicitud. Por ello, la negativa de dichas autoridades a obrar conforme a la solicitud de suspensión no puede ser invocada como un indicio en su contra dentro del proceso disciplinario que se esté adelantando.

En consecuencia, la norma acusada no vulnera los artículos 29 y 83 de la Constitución.

7. Cosa juzgada relativa

Finalmente pasa la Corte a considerar si se pronuncia sobre el argumento de inconstitucionalidad parcial esgrimido por la delegada del Ministerio Público al rendir Concepto Fiscal en el presente proceso, a saber, que las expresiones de la norma "o la Personería Distrital de Bogotá" y "y el Personero Distrital" violan el principio de igualdad, ya que le asignan exclusivamente al Personero Distrital de Bogotá la facultad de adoptar la medida provisional, sin que exista fundamento constitucional alguno para no otorgarle dicha facultad a los demás personeros, en especial a los Distritales del país (de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla) que también cumplen las funciones de Ministerio Público. La Corte reitera que el Ministerio Público en su concepto no hace las veces de demandante y, por lo tanto, no puede formular propiamente cargos nuevos aunque sí puede plantear argumentos adicionales a los esgrimidos por el actor e invitar a la Corte a que juzgue las normas acusadas a la luz de toda la Constitución indicando cuáles son los vicios que encuentra. Por su parte, la Corte no está obligada a proceder de esta manera ya que está facultada para limitar los alcances de la cosa juzgada a los cargos analizados en la sentencia para que ésta no sea absoluta sino relativa.

El argumento basado en el principio de igualdad no guarda relación con los cargos presentados por el actor. Además, se dirige contra una parte de la norma y refiere a un aspecto puntual y específico. Por ello, la Corte no se detendrá en él y limitará los alcances de la cosa juzgada a los cargos analizados. Así se dispondrá en la parte resolutiva.

SENTENCIA C-037/03

PERSONERO DISTRITAL DE BOGOTÁ - Se encuentra en la misma situación jurídica de los demás personeros del país

3. Asuntos objeto de decisión en esta sentencia

(…)

3. Si las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002 vulneran el artículo 13 constitucional en cuanto con ellas el Legislador asigna al personero Distrital de Bogotá una competencia que no se reconoce a los demás Personeros del país, incluidos los personeros de los Distritos Especiales, lo que establecería un tratamiento discriminatorio contrario a la Constitución.

(…)

4.2 El análisis de los cargos planteados en contra de las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002

Para el actor, así como para la vista fiscal las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002 vulneran el artículo 13 constitucional en cuanto con ellas el Legislador asigna al personero Distrital de Bogotá una competencia que no se reconoce a los demás Personeros del país, incluidos los personeros de los demás Distritos Especiales, lo que establecería un tratamiento discriminatorio contrario a la Constitución.

Al respecto, no sobra recordar que sobre el contenido completo del artículo 160*Ibidem* la Corte ya se pronunció en la Sentencia C-977/02 en la que limitó sin embargo los efectos de la decisión a los cargos formulados por el actor en ese proceso, razón por la cual, como ya se explicó, procede hacer el estudio de los cargos planteados por el demandante en el presente proceso en contra de las expresiones acusadas contenidas en dicho artículo 160*Ibidem*.

(…)

Ahora bien, frente al cargo planteado en el presente proceso que se sintetiza en la pregunta de si vulnera el principio de igualdad el hecho de que las expresiones acusadas atribuyan al Personero Distrital de Bogotá, con exclusión de los demás personeros distritales y municipales, la facultad preventiva que se consagra en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002, la Corte hace las siguientes consideraciones.

Esta Corporación ha señalado de manera reiterada que en desarrollo del principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política, corresponde al legislador otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones fácticas que pueden ser

comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles[399].

Esta Corporación ha establecido también en múltiples ocasiones que un tratamiento legislativo diferente no implica *per se* una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable[400]. La Corte ha acudido entonces al llamado test de igualdad[401] para verificar la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado a la luz de la Constitución[402].

Aplicando dichos criterios en el presente caso la Corte constata que el Personero Distrital de Bogotá se encuentra en la misma situación jurídica de los demás personeros del país, pues si bien le corresponde ejercer sus funciones en la capital del país, las competencias jurídicas que le atribuyen la Constitución (art. 118 C.P) y la ley (arts 2 y 3 de la Ley 734 de 2002) son exactamente las mismas de los demás personeros[403].

Cabe precisar al respecto que si bien la Constitución señaló en el artículo 322 un régimen especial para el Distrito Capital desarrollado en el Decreto Ley 1421 de 1993, dicho régimen no incluye el régimen disciplinario.

Ahora bien, a pesar de esta circunstancia el Legislador decidió atribuir de manera exclusiva al Personero Distrital de Bogotá una competencia que no atribuye a los demás personeros del país, razón por la cual, la Corte debe indagar si existe una

---

399 *Vid*. T-02 de 1992 y T-230 de 1994, entre muchas otras.

400 Ver, entre muchas otras la sentencia C-530 de 1993

401 Con base en él, el trato diferenciado para que se pueda considerar constitucionalmente legítimo, debe reunir las siguientes condiciones **i.)** supuestos de hecho diversos, **ii.)** finalidad en la diferencia de trato, **iii.)** legitimidad o validez constitucional en la finalidad propuesta, **iv.)** que los supuestos de hecho diversos, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guarden una coherencia o eficacia interna, es decir una racionalidad entre ellos y **v.)** que el trato desigual sea proporcionado (evidencie una relación de adecuación) con los supuestos de hecho diversos y la finalidad pretendida. *Vid.* Sentencias C-530 de 1993, T- 230 de 1994, C-318 y C-445 de 1995, entre otras.

402 Sobre ese tema puede encontrarse un completo recuento en la sentencia C-093 de 2001.

403 **Artículo 2°. Titularidad de la acción disciplinaria.** Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

Artículo 3°. 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.

El Consejo Superior de la Judicatura es competente para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional. (sentencia C-948/02)

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente. (subrayas fuera de texto)

justificación legítima a la luz de la Constitución para esta atribución excluyente, y en caso de que ella exista, determinar si la diferencia de trato que así se establece cumple con los presupuestos de racionalidad y proporcionalidad a que hecho referencia la jurisprudencia en este campo.

Empero, de los antecedentes legislativos de la norma bajo examen no se desprende la expresión por parte del Legislador de justificación alguna que explique la asignación exclusiva al Personero Distrital de Bogotá, de la competencia preventiva a que se refiere el artículo 160 de la Ley 734 de 2002

La Corte, encuentra que por el contrario, frente al objeto de la norma -dotar de instrumentos al Estado para prevenir la vulneración del ordenamiento jurídico o la afectación del patrimonio público y luchar contra la corrupción-, y frente a las precisiones hechas por la Corte en relación con el alcance de la norma, no cabe limitar solamente al Distrito Capital, la aplicación de la misma.

Debe tenerse en cuenta que en este campo se trata no solamente de la diferencia de trato que pueda predicarse entre el Personero Distrital de Bogotá y los demás personeros distritales y municipales sino de la que indirectamente se genera para la administración municipal y para los habitantes de los demás municipalidades del país diferentes del Distrito capital de Bogotá, agobiados igualmente por el flagelo de la corrupción.

No pudiendo identificarse entonces una finalidad legítima a la luz de la Constitución para establecer esta diferencia de trato la Corte declarará la inexequibilidad de las expresiones *"Distrital de Bogota"* y *"Distrital",* contenidas el artículo 160 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.

CAPITULO TERCERO

Evaluación de la Investigación Disciplinaria

Artículo 161. ***Decisión de evaluación.*** Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o vencido el término de la investigación, dentro de los quince días siguientes, el funcionario de conocimiento, mediante decisión motivada, evaluará el mérito de las pruebas recaudadas y formulará pliego de cargos contra el investigado u ordenará el archivo de la actuación, según corresponda, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2° del Artículo 156.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Agencia como Ministerio Público ante el Consejo Superior de la Judicatura Radicación Nº **2001-1158 01**.

PLIEGO DE CARGOS - Indebida motivación genera nulidad / **PRUEBAS** - Obligación de analizar y valorar los elementos de convicción

El 9 de octubre de 2002, el Consejo Superior de la Judicatura, profirió pliego de cargos contra la doctora (...), el cual adolece de los requisitos contenidos en el artículo 161 de la ley 734 de 2002, según el cual, "el funcionario de conocimiento, mediante decisión motivada, evaluará el mérito de las pruebas recaudadas y formulará pliego de cargos contra el investigado u ordenará el archivo de la actuación" (se resalta y subraya).

Según el artículo 162 de la ley 734 de 2002 para la formulación del pliego de cargos debe estar plenamente probada la existencia del hecho investigado y además contar con pruebas que comprometan la responsabilidad del funcionario investigado.

Lo establecido en dichos preceptos lo desarrolla el artículo 163 ibídem, sin embargo, a juicio de esta Agencia, la referida providencia carece de los requisitos exigidos en los numerales 1°, 2°, 5° y 8° de la citada norma, conforme a lo siguiente:

No precisa cuándo, dónde y cómo se realizó la conducta que se endilga a la Magistrada, respecto de los quejosos... (num. 1° art. 163), apareciendo formulada de manera genérica, siendo que en tales circunstancias es necesario indicarle con claridad, el hecho correspondiente, la forma como este sucedió, y las pruebas que lo corroboran.

De la misma manera en este asunto no se precisa en qué consiste el presunto tratamiento inadecuado que ha recibido cada uno de los quejosos, ni se ponen de relieve las expresiones denigrantes que la inculpada profirió contra cada uno de ellos, lo cual debe estar, además, soportado en el probatorio.

En lo que hace relación con las anomalías atribuidas a la disciplinada, relacionadas con un presunto perjuicio causado a los quejosos al prohibirles el ingreso a su oficina, al instaurarles denuncias penales y disciplinarias y solicitar la suspensión del servicio telefónico, no ha sido decidido, por lo que procede tomar una determinación sobre tales hechos.

En forma genérica, se le citan a la inculpada como normas presuntamente violadas, el artículo 6° de la Constitución Política, el numeral 3 del artículo 153 de la ley 270 de 1996, así como el numeral 6 del artículo 154 ibídem.

Si bien, en virtud del principio de especialidad, tratándose de comportamientos imputables por vía disciplinaria a funcionarios judiciales, ese debe ser el marco legal de

referencia, no obstante, no se especifica en qué consiste, concretamente, la violación, ni se le indica cómo se adecua su conducta a los tipos que describen el deber incumplido o la prohibición en que incurrió.

Con ello se estima que se omitió el requisito establecido en el numeral 2° del artículo 163 ibídem, circunstancia que dificulta el derecho de defensa, que es un factor principal del debido proceso.

En sentir de esta Agencia, el aludido pliego de cargos carece de la motivación exigida en los artículos 19, 97 y 161 de la ley 734 de 2002, toda vez que la prueba testimonial no se valoró conforme a los criterios de la sana crítica, esto es, sobre el testigo como tal, si su testimonio es parcializado o no y por qué merece credibilidad frente a los hechos objeto de investigación.

Es así como a folios 116 a 122 del plenario consta que la doctora (...) instauró queja contra los doctores (...) Magistrados del Tribunal Superior de (...), actuación disciplinaria que se adelanta en dicha Corporación, sin embargo los testimonios de éstos no fueron valorados conforme a la reglas de la sana crítica probatoria, ni en la forma exigida en el numeral 5° del citado artículo 163 de la ley 734 de 2002.

En el referido auto de cargos no se hace una valoración de los argumentos expuestos por la disciplinada respecto de cada uno de los medios de prueba que obran en el plenario, ni con la declaración del doctor (...), frente a quien aduce que se debe a una retaliación "por no seguir satisfaciendo su morbosidad ya que ha sido víctima de 'asedio sexual inescrupuloso de su parte'" (Se resalta) (fl. 142).

Tampoco se hace referencia al valor probatorio de la prueba documental allegada, según su origen, su autor y su contenido.

La Ley 734 de 2002 en el artículo 141 consagra: "Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta." (Se resalta).

Sobre este punto la jurisprudencia y la doctrina han sostenido:

"... no basta con que el juzgador se limite a *indicar* los medios probatorios que sustentan la legalidad del proceso, sino que está en la obligación de *analizar y valorar* los elementos de convicción con base en los cuales fundamenta el juicio de responsabilidad.

> *Es un claro desarrollo del principio de publicidad de la prueba, porque para que pueda agitarse debidamente el contradictorio es necesario que los sujetos procesales, y en especial la parte defendida, conozcan cuál ha sido el fundamento*

racional de la crítica probatoria. No puede controvertirse plenamente el caudal probatorio cuando se ignora la eficacia y el mérito que le ha otorgado el funcionario.

Por las anteriores razones, la Corte ha sostenido que "no es facultativo del juez expresar u omitir esa opinión funcional sobre la existencia de la responsabilidad, sino que está obligado a manifestarla y existiría, entonces sí, verdadera nulidad constitucional (legal en el nuevo Código) si no lo hiciera" (El Proceso Penal. Autores doctores Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lyneth, Tercera Edición, página 314).

En la providencia objeto de examen se dispuso el archivo de la actuación respecto de los hechos relacionados con el posible incumplimiento de la disciplinada al horario de trabajo, pero no se ordenó comunicar dicha determinación a los quejosos, en la forma indicada en el artículo 109 de la ley 734 de 2002 y para los efectos indicados en el Parágrafo del artículo 90 y 111 ibídem.

Las anteriores observaciones encuentran su sustento en el artículo 29 de la Constitución Política, en la medida en que el principio del debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

De la misma manera, el artículo 13 de la ley 200 de 1995, vigente para la época de los hechos, establece como finalidad del procedimiento disciplinario, además de observar la prevalencia de los principios rectores, lograr los fines y funciones del Estado y el cumplimiento de las garantías debidas a las personas que en él intervienen, observando el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 15 ibídem. Ello concuerda con el contenido de los artículos 6° y 14 de la ley 734 de 2002.

La inobservancia de los mencionados presupuestos se torna en contra de la ritualidad y la correspondencia de las finalidades del proceso, con la consecuente violación de su estructura y de los derechos fundamentales de la disciplinada.

Por lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público considera que se presentan las causales de nulidad de que tratan los numerales 2 y 3 del artículo 143 de la ley 734 de 2002, por lo que comedidamente, me permito solicitar que se declare la nulidad de todo lo actuado, a partir de la providencia del 9 de octubre de 2002, inclusive, mediante la cual se le dictó pliego de cargos a la investigada.

Artículo 162. ***Procedencia de la decisión de cargos.*** El funcionario de conocimiento formulará pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Jurisprudencia: El artículo 150 de la Ley 200 de 1995 establecía:

"Artículo 150. Formulación de cargos.- El funcionario formulará cargos cuando esté demostrada objetivamente la falta y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del disciplinado."

Este artículo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-892/99**.

FALTA DISCIPLINARIA - Alcance de la determinación provisional de la naturaleza

4.2. Artículos 92 numeral 7º y 150.

Considera el demandante, que las disposiciones demandadas, violan preceptos de orden superior, por cuanto, no establecen la obligación de determinar en el auto de cargos, la forma de culpabilidad que se atribuye a la conducta, lo cual, a su juicio, entorpece el ejercicio del derecho de defensa del disciplinado. Considera, que las disposiciones acusadas, pueden resultar exequibles, pero bajo el entendido de que el elemento subjetivo de la falta se relaciona con la responsabilidad a que alude el artículo 150 del Código Disciplinario Único y, por ende, esto debe hacer parte de la determinación de su naturaleza provisional.

La Corte Constitucional ha señalado, que "El auto de formulación de cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cual es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa". (Sent. T-418 de 1997).

Una vez finalizada la investigación, luego de su evaluación, se concluye que objetivamente se encuentra establecida la existencia de una falta disciplinaria que compromete la responsabilidad del disciplinado, se abre paso el juzgamiento, el cual comprende varias etapas, entre las cuales se encuentra, la formulación de los respectivos cargos, que constituyen el marco dentro del cual se debe desarrollar el proceso disciplinario, para que el investigado pueda proveer a su defensa.

Tenemos entonces, que según el artículo 92-7 de la Ley 200 de 1995, se establece como requisito formal del auto de cargos, "La determinación provisional de la naturaleza de la falta". Como quiera que la naturaleza de la falta permite la imposición de determinada sanción, esto es, a la luz del artículo 24 ibídem, faltas gravísimas, graves o

leves, la calificación “provisional” de la falta, al contrario de lo afirmado por el accionante, permitiría discutir en lo que resta del proceso disciplinario y, antes de que se profiera la sentencia definitiva, la gravedad de la falta, buscando modificar la calificación y en consecuencia, disminuir la sanción. Ello significa, que se pueda evaluar en una nueva oportunidad, la calificación provisional que se ha realizado en el auto de cargos, siempre y cuando surjan nuevos elementos de juicio, de conformidad con las pruebas que se aporten al proceso y, que a la postre, puedan resultar más beneficiosos para el investigado.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado: “De ninguna manera ha de entenderse que la defensa del procesado resida en su certidumbre acerca de que la administración de justicia permanezca en el error. Si las diligencias iniciales dentro del proceso daban lugar para pensar algo que en el curso del mismo se demuestra equivocado o susceptible de ser corregido, la obligación del juez al adoptar decisión de mérito es la de declarar que el equívoco o la inexactitud existieron, dilucidando el punto y resolviendo de conformidad con lo averiguado, y en ello no se ve comprometida la defensa de la persona sometida a juicio, quien accede a la justicia precisamente para que se defina su situación, fundada en la verdad real y no apenas en calificaciones formales ajenas a ella”. (Sent. C-491 de 1996).

En la misma sentencia, también se señaló lo siguiente : “De otra parte, el carácter provisional de la calificación se aviene con la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución, toda vez que sostiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto al delito por el cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante sentencia definitiva. Si, por el contrario, la calificación fuera inmodificable, se mantendría lo dicho en la resolución de acusación, aunque en el curso del juicio se demostrara que ella, en su base misma, era deleznable, lo cual carece del más elemental sentido de justicia”.

Por otra parte, en cumplimiento del requisito formal que consagra el numeral 7 del artículo 92 del Código Disciplinario Único, es forzoso concluir, que en la determinación provisional de la naturaleza de la falta, se debe incluir el grado de culpabilidad de la falta que se atribuye al servidor público, toda vez, que ésta constituye el elemento subjetivo de la conducta y, por ende, debe hacer parte de su descripción. En efecto, el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, al establecer los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, establece entre otros, el “grado de culpabilidad”, lo que conduce a que necesariamente, al realizar la calificación de la falta, se evalúe el tipo subjetivo, esto es, si se cometió con dolo o con culpa.

Ahora bien, según lo previsto en el artículo 150 del Código Disciplinario Único, también demandado, por las mismas razones que se esgrimieron respecto del artículo 92-7, ejusdem, sólo queda por precisar, que la referencia de la disposición, a la demostración objetiva de la falta, no se refiere a la “objetividad de la responsabilidad”, sino de la comprobación de que en efecto, se cometió una conducta típica, a la luz del Código Disciplinario Único, lo que implica, que el hecho por el cual se denuncia a un servidor público se encuadra dentro de las faltas gravísimas, o en la extralimitación o abuso de

derechos, en el incumplimiento de deberes o en la violación de prohibiciones, todo ello al tenor de lo dispuesto en los artículos 25, 39, 40 y 41 del Código Disciplinario Único.

En cuanto hace relación a la prueba sobre la probable responsabilidad del disciplinado, lo que a juicio del demandante debe referirse al elemento subjetivo de la conducta, es decir a la culpabilidad, es necesario precisar, que en primer término, la responsabilidad del investigado, debe estar comprometida por cualquier medio probatorio legalmente allegado al proceso, como la misma norma lo establece "...confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación..."; y, en segundo término, que en todo caso, el examen de la responsabilidad, ha de realizarse, a la luz del principio de culpabilidad que consagra el artículo 14 del estatuto disciplinario, es decir, analizando concretamente, si la conducta típica se cometió con dolo o con culpa. Sólo esa interpretación armónica de esas normas que integran el Código Disciplinario Único, permiten concluir que el artículo 150 de la Ley 200 de 1995 resulta constitucional.

Artículo 163. ***Contenido de la decisión de cargos.*** La decisión mediante la cual se formulen cargos al investigado deberá contener:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.

2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.

3. La identificación del autor o autores de la falta.

4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.

5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.

6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.

7. La forma de culpabilidad.

8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

Artículo 164. ***Archivo definitivo.*** En los casos de terminación del proceso disciplinario previstos en el artículo 73 y en el evento consagrado

en el inciso 3° del artículo 156 de este código, procederá el archivo definitivo de la investigación. Tal decisión hará tránsito a cosa juzgada.

Artículo 165. ***Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación.*** El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

Para el efecto inmediatamente se librará comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

Jurisprudencia: Las expresiones "*y se surtirá con el primero que se presente*" del inciso 2° y "*el procesado*" del inciso 3°, fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional en sentencia **C-037/03**.

PLIEGO DE CARGOS - Notificación personal al procesado o su defensor

4.3. El análisis de los cargos planteados en contra de las expresiones "y se surtirá con el primero que se presente" y "el procesado" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002

Para el actor las expresiones *"y se surtirá con el primero que se presente"* y *"el procesado"*, contenidas en el segundo y tercer inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 vulneran el debido proceso (art.29 C.P.) en cuanto establecerían un tratamiento diferenciado entre imputado y defensor en relación con la notificación personal del pliego de cargos en el proceso disciplinario.

Al respecto la Corte debe señalar que como se desprende de la simple lectura del texto del artículo 165 del que hacen parte las expresiones acusadas contrariamente a lo afirmado por el demandante, en la norma no se establece un tratamiento diferenciado para el imputado y el defensor.

Dice la norma:

> ***Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación.*** *El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.*

Para el efecto inmediatamente se librará comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y ~~de ser necesario~~[404] se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original." (Se resaltan las expresiones acusadas)

En este sentido la norma señala que el pliego de cargos podrá notificarse personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere y que ésta se surtirá con el primero que se presente.

Si ninguno de los dos dentro de los cinco días siguientes ha sido notificado, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

Es decir que la norma claramente da un tratamiento igualitario al procesado y al defensor, de manera que no se aprecia como las expresiones acusadas pueden vulnerar el debido proceso por las circunstancias que aduce la demanda.

Así las cosas la Corte rechazará el cargo planteado por el actor en este sentido y declarará la exequibilidad de las expresiones acusadas en lo que a dicho cargo se refiere.

Las restantes notificaciones se surtirán por estado.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA - Notificaciones / **PRINCIPIO DE PUBLICIDAD** - Notificaciones por estado garantizan el conocimiento de la decisión

a) Cargos de la demanda

[404] El texto señalado fue declarado inexequible en la Sentencia C-1076/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

En sentir del actor, el inciso 4º que establece que las demás notificaciones se surtirán por estado, vulnera principio de publicidad a que hacen referencia los artículos 29 y 209 Superiores, porque no le dan la oportunidad a los sujetos procesales de conocer personalmente las decisiones.

b) Problema jurídico

El Despacho habrá de conceptuar, si la norma demandada desconoce el principio de publicidad.

(…)

d) Consideraciones de la Corte.

La Corte estima que el cargo no está llamado a prosperar por varias razones, a saber:

En primer lugar, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa al momento de establecer las diversas etapas que conforman un proceso determinado judicial o administrativo. De tal suerte que, orientado por un criterio de razonabilidad determina qué actos procesales deben ser notificados personalmente y cuales admiten serlo mediante las llamadas notificaciones subsidiarias (por estado, por edicto, en estrados y por conducta concluyente).

En segundo lugar, la disposición demandada no lesiona el principio de publicidad. Todo lo contrario. Garantiza que el sujeto disciplinado o su apoderado tengan conocimiento de las diversas decisiones judiciales que se adoptan en el curso del proceso disciplinario.

En tercer lugar, la notificación por estado está regulada en nuestro ordenamiento jurídico para asuntos de la más diversa naturaleza (civil[405], penal, laboral, etc.) y el proceso disciplinario no es la excepción.

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible la expresión *"las demás notificaciones se harán por estado"*, que figura en el inciso 4 del artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en

[405] Artículo 321 del Código de Procedimiento Civil.

la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y ~~de ser necesario~~ se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original.

Jurisprudencia: El inciso 5° del artículo 165 ha sido objeto de los siguientes pronunciamientos:

1.- Este inciso fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional. En la misma providencia fue declarado INEXEQUIBLE el texto tachado.

2.- La Corte Constitucional, en sentencia **C-037/03**, ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia **C-1076/02** en la que se declaró la exequibilidad del quinto inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 con excepción de la expresión *"de ser necesario",* que fue declarada inexequible en dicha sentencia.

INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA - Variación del pliego de cargos / **PROCESO DISCIPLINARIO** - Finalidad / **DEBIDO PROCESO** - Presunción de inocencia

DERECHO DE CONTRADICCIÓN - Vulneración en la calificación provisional de la falta disciplinaria

a) Cargos de la demanda

En cuanto al inciso 5º, el demandante considera que es violatorio del derecho de defensa dado que la facultad de variación del pliego de cargos, una vez concluida la práctica de pruebas por los motivos contemplados en la norma y la posibilidad de que el investigador fije un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas desconoce el principio de seguridad jurídica, ya que quien ejerce la potestad disciplinaria tiene la obligación de tomar decisiones acertadas dentro del extenso plazo de prescripción de la acción disciplinaria, para permitir y no dilatar un derecho de defensa oportuno. En ese orden, manifiesta que el derecho de defensa no puede tener restricciones ni dilatarse en el tiempo por sujetarse a errores del operador disciplinario o del proceso.

b) Problema jurídico

Deberá analizarse si la variación del pliego de cargos durante el lapso que transcurre una vez concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única

instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente, atenta contra los principios de cosa juzgada, y la reformatio in pejus.

(…)

d) Consideraciones de la Corte.

No comparte la Corte los cargos que formula el actor contra la totalidad del último inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, por las razones que pasan a explicarse.

En primer lugar, la calificación que se realiza en el pliego de cargos es provisional, y es de su esencia que así sea. En efecto, la finalidad del proceso disciplinario es la de esclarecer lo ocurrido, buscar la verdad real y formular un reproche en tal sentido. De lo anterior se desprende que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se dio principio al proceso.

En segundo lugar, el carácter provisional de la calificación de una falta disciplinaria se aviene con la garantía del debido proceso, toda vez que mantiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto a la falta por la cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante el fallo disciplinario por medio del cual se impone una determinada sanción.

No obstante, a juicio de la Corte la expresión de ser necesario, que figura en el artículo demandado, viola el derecho de defensa del procesado disciplinariamente, y en especial, el derecho de contradicción, por cuanto la propia norma establece que, una vez modificada la calificación provisional de la falta disciplinaria, al arbitrio de la autoridad competente, se otorgará un término prudencial para solicitar y decretar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original.

En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad del inciso 5 del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, salvo la expresión de ser necesario, que se declarará inexequible.

CAPITULO CUARTO

Descargos, pruebas y fallo

Artículo 166. ***Término para presentar descargos.*** Notificado el pliego de cargos, el expediente quedará en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas. Dentro del mismo término, el investigado o su defensor, podrán presentar sus descargos.

Jurisprudencia: El inciso 1° del artículo 119 de la Ley 200 de 1995 establecía: "Artículo 119. Petición de pruebas.- El disciplinado o quien haya rendido exposición podrá pedir la práctica de pruebas que estime conducentes o aportarlas"

Dicho inciso fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-892/99**.

PROCESO DISCIPLINARIO - Aportación de pruebas

4.5. Artículo 119 inciso primero.

El demandante ataca la constitucionalidad de esta norma, al considerar que la misma, sólo concede la facultad de solicitar y aportar pruebas, desde el momento en que se adquiere el carácter de disciplinado, lo cual, al tenor del artículo 72 de la Ley 200 de 1995, se presenta a partir de la notificación de los cargos, desconociendo los derechos de contradicción y defensa que tiene el servidor público desde el inicio de la investigación.

En efecto, la disposición legal limita la petición de la práctica de pruebas que estime conducentes o aportarlas, al "disciplinado" o a "quien haya rendido exposición". Sin embargo, esta norma del Código Disciplinario Único, no puede ser leída aisladamente, es decir, realizando una interpretación armónica de las normas contenidas en el Código Disciplinario Único, se tiene, que a la luz del artículo 80 ejusdem, este derecho se tiene desde que se inicia la indagación preliminar; dispone la norma citada lo siguiente: "ARTICULO 80. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. El investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas.

"Por tanto, iniciada la indagación preliminar o la investigación disciplinaria se comunicará al interesado para que ejerza sus derechos de contradicción y defensa".

Ello significa, que tanto en la etapa de la indagación preliminar, antes de que se le formulen cargos y durante el término de los descargos, el investigado podrá solicitar, en aras del ejercicio de defensa, la práctica de las pruebas que considere pertinentes, es decir, las que tengan relación con el tema, y que permitan esclarecer los supuestos fácticos que dan origen al inicio de la investigación.

La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de los artículos 77-2 y 130 del Código Disciplinario Único, expresó:

“El proceso disciplinario constituye un todo unitario que es producto de una actividad secuencial que se desarrolla a través e una serie de etapas o actos procesales preclusivos, que conducen al logro de su finalidad, es decir, a obtener el resultado práctico que constituye su objeto, como es la de establecer la responsabilidad disciplinaria de los infractores del régimen disciplinario.

“(...)

“Con arreglo a las referidas previsiones, se distinguen dentro del proceso disciplinario las siguientes etapas: la indagación preliminar, la investigación disciplinaria y el juzgamiento.

“La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.

(...)

“Como parte integrante del derecho al debido proceso la Constitución reconoce, a quien sea sindicado o imputado, es decir, a quien se le endilga la comisión de un hecho que configura un ilícito penal, contravencional o disciplinario, el derecho de defensa que se traduce, entre otras manifestaciones, en la posibilidad de ser oído, ‘a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra’.

“(...)

“Como puede observarse el C.D.U., reconoce a favor del investigado su derecho a conocer la actuación procesal y a controvertir las pruebas, tanto en la indagación preliminar como en la investigación. Por consiguiente, la norma acusada entendida armónicamente con dicho artículo, debe ser considerada como una reiteración del derecho de contradicción probatoria, referida específicamente a la necesidad de asegurar el principio de imparcialidad a que aquélla alude

(...)
“...En efecto, cuando esta norma establece que el investigado puede controvertir las pruebas a partir del momento de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria, está consagrando el ejercicio de este derecho para la etapa que se inicia una vez se ha establecido por el investigador la existencia de la falta y del posible autor del ilícito disciplinario (art. 144), lo cual no significa en forma alguna que se desconozca el derecho de contradicción para la etapa anterior, o sea la de la indagación preliminar, si la hubiere, ni para la posterior –el juzgamiento- que comienza con la formulación de cargos (art. 150).

“En síntesis, como se ha visto la oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U.”. (Sent. C-430 de 1997).

En conclusión, el servidor público investigado, tiene la facultad de solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes o, aportarlas, desde el momento mismo de la etapa de indagación preliminar y, siendo ello así, el inciso primero del artículo 119 del Código Disciplinario Único, se ajusta a las disposiciones de orden superior, como en efecto se declarará.

Artículo 167. *Renuencia.* La renuencia del investigado o de su defensor a presentar descargos no interrumpe el trámite de la actuación.

Artículo 168. *Término probatorio.* Vencido el término señalado en el artículo anterior, el funcionario ordenará la práctica de las pruebas que hubieren sido solicitadas, de acuerdo con los criterios de conducencia, pertinencia y necesidad.

Además, ordenará de oficio las que considere necesarias. Las pruebas ordenadas se practicarán en un término no mayor de noventa días.

Las pruebas decretadas oportunamente dentro del término probatorio respectivo que no se hubieren practicado o aportado al proceso, se podrán evacuar en los siguientes casos:

1. Cuando hubieran sido solicitadas por el investigado o su apoderado, sin que los mismos tuvieren culpa alguna en su demora y fuere posible su obtención.

2. Cuando a juicio del investigador, constituyan elemento probatorio fundamental para la determinación de la responsabilidad del investigado o el esclarecimiento de los hechos.

Artículo 169. *Término para fallar.* Si no hubiere pruebas que practicar, el funcionario de conocimiento proferirá el fallo dentro de los veinte días siguientes al vencimiento del término para presentar descargos, o al del término probatorio, en caso contrario.

Artículo 170. *Contenido del fallo.* El fallo debe ser motivado y contener:

1. La identidad del investigado.

2. Un resumen de los hechos.

3. El análisis de las pruebas en que se basa.

4. El análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas.

5. La fundamentación de la calificación de la falta.

6. El análisis de culpabilidad.

7. Las razones de la sanción o de la absolución, y

8. La exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutiva.

CAPITULO QUINTO

Segunda Instancia

Artículo 171. ***Trámite de la segunda instancia.*** El funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que hubiere recibido el proceso. Si lo considera necesario, decretará pruebas de oficio, en cuyo caso el término para proferir el fallo se ampliará hasta en otro tanto.

Jurisprudencia: El inciso 2° del artículo 157 de la Ley 200 de 1995 establecía:

“El funcionario de segunda instancia podrá, únicamente de oficio, decretar y practicar las pruebas que considere indispensables para la decisión, dentro de un término de diez días libres de distancia pudiendo comisionar para su práctica.”

La Corte Constitucional, mediante sentencia **C-1076/02** ordenó estarse a lo resuelto en la providencia **C-181/02** que declaró CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE este inciso siempre “que en el trámite de la segunda instancia, se entienda que el procesado conserva la facultad de controvertir las pruebas decretadas de oficio por la autoridad disciplinaria”.

DERECHO DE DEFENSA - Presentación de pruebas y controversia de las allegadas en contra

DERECHO DE DEFENSA EN PROCESO DISCIPLINARIO - Presentación de pruebas y controversia de las allegadas en contra

PROCESO DISCIPLINARIO - Solicitud y controversia de pruebas

PROCESO DISCIPLINARIO - Decreto y práctica de pruebas de oficio en segunda instancia

PROCESO DISCIPLINARIO - Restricción de solicitud de pruebas en segunda instancia

PROCESO DISCIPLINARIO - Práctica de pruebas en segunda instancia por excepción

PROCESO DISCIPLINARIO - Controversia de pruebas decretadas de oficio

a. Cargos de la demanda

El inciso final del artículo acusado se reputa inconstitucional por limitar la oportunidad con que cuenta el investigado de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra. Asegura la demanda que este derecho no tiene restricción constitucional alguna, por lo que es inconstitucional que la norma impugnada someta su ejercicio a la discrecionalidad del operador disciplinario, que decide si las decreta o no.

(…)

d. Consideraciones de la Corte

Respecto de la exequibilidad de la norma que se demanda, esta Corte acogerá los planteamientos formulados por la Procuraduría General por considerar que son suficientes para zanjar la discusión propuesta por el demandante.

En efecto, de acuerdo nuevamente con el artículo 29 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho "*a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*". Esta facultad se adscribe directamente al derecho de contradicción pues sólo en la medida en que el material probatorio puede ser conocido y controvertido por el procesado, puede hablarse de un verdadero ejercicio del derecho de defensa.

Aplicada al derecho disciplinario por virtud del artículo 18 del CDU, aquella garantía encuentra complemento directo en el artículo 80 del mismo estatuto que prescribe: *"[e]l investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en*

su contra y solicitar la práctica de pruebas..Por tanto, iniciada la indagación preliminar o la investigación disciplinaria se comunicará al interesado para que ejerza sus derechos de contradicción y defensa."

En el mismo sentido, frente a la imposición de que los servidores públicos y los particulares sólo son responsables disciplinariamente cuando así ha sido declarado mediante fallo ejecutoriado (art. 8º CDU), el artículo 117 del Código advierte sobre la necesidad de que *"[t]oda providencia disciplinaria debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.".*

Ahora bien, los principios fundamentales sobre los cuales se erige el sistema probatorio del Código Disciplinario, que se encuentran recogidos en el título VI del CDU, demuestran que los criterios que deben ser aplicados por la autoridad disciplinaria son el de contradicción, legalidad de la prueba y el de la libre valoración del material probatorio.

De este modo, el artículo 130 del Código Disciplinario Único prevé que "*el investigado podrá controvertir la prueba a partir del momento de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria*" mientras que el artículo 119 establece que "*El disciplinado o quien haya rendido exposición podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas*". Igualmente "*las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica*" (Art. 122 CDU). Así mismo, para proteger la legalidad de la prueba, el artículo 128 del mismo estatuto ha previsto que "*la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecte los derechos fundamentales del disciplinado, se tendrá como inexistente*".

La posibilidad de solicitar y controvertir pruebas se encuentra presente a todo lo largo de las diligencias disciplinarias. Así, por ejemplo, el artículo 73 de la Ley 200 de 1995 dispone que el disciplinado tiene derecho a que *"c) Que se practiquen las pruebas conducentes que solicite, intervenir en la práctica de las que estime pertinente*"; así como, *"[e]l defensor puede presentar pruebas en la indagación preliminar y solicitar versión voluntaria sobre los hechos..."* (Art. 74 CDU).

Por su parte, el artículo 76 del dicho estatuto advierte que en virtud del principio de economía procesal, las autoridades podrán utilizar *"formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que esto releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados"*, lo cual implica la inclusión de una garantía adicional que obliga a la autoridad disciplinaria a tener en cuenta para la decisión, todas las variables fácticas que se encuentren probadas en el expediente.

Y una oportunidad adicional para ejercer el control sobre el material probatorio del expediente se encuentra contenida en el artículo 102 del CDU que permite la apelación del auto que niega pruebas en la investigación disciplinaria.

Ahora bien, del recuento normativo precedente es posible constatar que la facultad de solicitar y de controvertir pruebas durante el procedimiento disciplinario está ampliamente garantizada por la Constitución y la Ley, normatividades que además tienden a asegurar que nadie sea sancionado disciplinariamente si la conducta que se le imputa no está suficientemente probada.

La disposición analizada en esta oportunidad restringe la posibilidad de solicitar pruebas durante la segunda instancia del proceso disciplinario, dejando a discreción de la autoridad disciplinaria la facultad de ordenarlas de oficio. Visto el contenido de las normas que fueron citadas anteriormente y la generosa gama de posibilidades que aquellas confieren al imputado para solicitar pruebas del proceso disciplinario, esta Corte no encuentra que la restricción impuesta por la norma demandada atente contra el derecho de defensa del disciplinado.

En efecto, aunque resulte redundante con el recuento dispositivo citado, la Ley 200 permite que hasta el momento de surtirse el fallo de primera instancia, el inculpado o su representante soliciten pruebas a la autoridad competente. Esta garantía busca que la parte investigada demuestre la veracidad de sus afirmaciones y con ello desvirtúe los cargos formulados en su contra durante la instrucción.

Por el contrario, la discusión que, por virtud del recurso de apelación, tiene lugar en la segunda instancia, no está encaminada a probar o a desvirtuar los hechos que promueven la apertura de la investigación disciplinaria y sobre los cuales recae la formulación de los cargos, sino a controvertir la apreciación que de los mismos ha hecho el funcionario primera instancia. De allí que, sólo por excepción, se ordene la práctica de pruebas durante dicha etapa y que sea el funcionario encargado de resolver la apelación el que pueda solicitarlas, tras haber comprobado la deficiencia del recaudo probatorio practicado por el *a quo*.

Así entonces, la restricción impuesta por el artículo acusado se encuentra justificada por la naturaleza del debate que se surte en el trámite de la apelación que, de todos modos y en garantía del debido proceso, incluye la posibilidad de que el inculpado controvierta las pruebas solicitadas de oficio por el funcionario de dicha instancia. En este sentido, también se acoge la apreciación hecha por el Ministerio Público acerca del derecho de contradicción que surge por decreto de pruebas en segunda instancia.

En consonancia con lo anterior, la norma será declarada exequible en relación con los cargos analizados precedentemente, pero, además, se condicionará su entendimiento al hecho de que también en la segunda instancia el inculpado conserva la facultad de controvertir las pruebas allegadas al proceso, que fueron decretadas de oficio por la autoridad disciplinaria.

Parágrafo. El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y

aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación.

Jurisprudencia: El artículo 158 de la Ley 200 de 1995 establecía:

“ART. 158. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar el proceso disciplinario en su integridad.”

Dicho artículo fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-012/97**, “advirtiendo que en su aplicación el superior no podrá, en ningún caso, agravar la pena impuesta al apelante único, haya o no una pluralidad de disciplinados”.

Los apartes pertinentes se encuentran en seguida del artículo 116 que trata la prohibición de la reformatio in pejus.

T I T U L O X

EJECUCION Y REGISTRO DE LAS SANCIONES

Artículo 172. ***Funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones.*** La sanción impuesta se hará efectiva por:

1. El Presidente de la República, respecto de los gobernadores y los alcaldes de Distrito.

2. Los gobernadores, respecto de los alcaldes de su departamento.

3. El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera.

4. Los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas.

5. El representante legal de la entidad, los presidentes de las corporaciones, juntas, consejos, quienes hagan sus veces, o quienes hayan contratado, respecto de los trabajadores oficiales.

6. Los presidentes de las entidades y organismos descentralizados o sus representantes legales, respecto de los miembros de las juntas o consejos directivos.

7. La Procuraduría General de la Nación, respecto del particular que ejerza funciones públicas.

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación.

Jurisprudencia: Algunos apartes de este artículo corresponden en similar sentido al artículo 94 de la Ley 200 de 1995 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-057/98**, salvo la expresión "y de los contratos de prestación de servicios" que fue declarada INEXEQUIBLE.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN - Ejercicio del poder disciplinario preferente

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Competencia para hacerla efectiva

2. Planteamiento del Problema

En los incisos demandados del artículo 94 de ley 200 de 1995, se señalan las autoridades competentes para hacer efectivas las sanciones disciplinarias que se impongan a los servidores del Estado. En concepto del actor, esta facultad es exclusiva de la Procuraduría General de la Nación, porque ella ostenta el "poder preferente en materia disciplinaria" y no puede el legislador "trasladar" a otros funcionarios competencias que son propias de aquel órgano.

La demanda entonces plantea un problema jurídico central: ¿Puede la ley atribuir a una autoridad distinta al Procurador General de la Nación o a sus delegados o agentes, la facultad de hacer efectivas las sanciones disciplinarias? Procede la Corte a estudiar el punto.

2.1 El control disciplinario interno y externo

Dada la naturaleza de la función administrativa, instituida -entre otros objetivos- para proteger los derechos de la comunidad, se han establecido controles para que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia,

eficiencia y la moralidad.[406] Por ello, cuando un servidor público incumple sus deberes, incurre en comportamientos prohibidos por la Constitución o la ley, o viola el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, comete una falta disciplinaria que debe ser sancionada por las autoridades competentes, previamente definidas por el legislador. El control disciplinario se convierte entonces, en un presupuesto necesario para que en un Estado de derecho se garantice el buen nombre y la eficiencia de la administración, y se asegure que quienes ejercen la función pública, lo hagan en beneficio de la comunidad y sin detrimento de los derechos y libertades de los asociados.[407]

Como ya lo ha expresado la Corte,[408] este control tiene dos grandes ámbitos de aplicación. Por un lado existe la potestad disciplinaria interna, que es ejercida por el nominador o el superior jerárquico del servidor estatal. Por el otro, existe un control disciplinario externo, que de acuerdo con la Constitución (arts. 118 y 277-6) les corresponde al Procurador General de la Nación, sus delegados y agentes, y en virtud del cual deben "ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes; e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

La potestad de la Procuraduría para ejercer el poder disciplinario sobre cualquier empleado estatal, cualquiera que sea su vinculación, tiene el carácter de prevalente o preferente. En consecuencia, dicho organismo está autorizado para desplazar al funcionario público que esté adelantando la investigación, quien deberá suspenderla en el estado en que se encuentre y entregar el expediente a la Procuraduría. Como es obvio, si la Procuraduría decide no intervenir en el proceso disciplinario interno que adelanta la entidad a la que presta sus servicios el investigado, será ésta última la que tramite y decida el proceso correspondiente.

2.2 Facultad del legislador para regular la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución, es tarea propia del legislador determinar la responsabilidad de los servidores públicos y "la manera de hacerla efectiva". En virtud de esta atribución se expidió la ley 200/95 -Código Disciplinario Único- que consagra el régimen disciplinario aplicable a todos los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, inclusive los miembros de las corporaciones públicas; en el artículo 94, que es objeto de acusación parcial, señala las autoridades competentes para hacer efectivas las sanciones disciplinarias.

---

[406] Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1996.

[407] Ver, entre otras. Corte Constitucional. Sentencias C-280 de 1996 y C-341 de 1996.

[408] Corte Constitucional. Sentencia C-229. De 1995.

2.3 El contenido del artículo 94 de la ley 200/95, parcialmente impugnado, se aplica a las sanciones disciplinarias impuestas en desarrollo del control interno como del externo

Como ya se anotó, en este precepto se señalan las autoridades públicas a las que compete hacer efectivas las sanciones disciplinarias impuestas a los gobernadores, alcaldes, servidores públicos de libre nombramiento y remoción y de carrera, servidores públicos elegidos por corporaciones de elección popular, trabajadores oficiales, contratistas de prestación de servicios, y miembros de las juntas o consejos directivos de entidades y organismos descentralizados, sin hacer distinción alguna entre las que son impuestas en desarrollo del control interno, esto es, por el mismo organismo al que presta sus servicios el empleado y las que se derivan del control externo, es decir, que incumben a la Procuraduría General de la Nación.

Pues bien: la ejecución de la sanción es una actuación de carácter eminentemente administrativo, que procede una vez queda *ejecutoriado* el fallo que la impone y cuya finalidad es evidente: lograr que el correctivo impuesto se cumpla. La efectividad de la sanción se relaciona, entonces, con su eficacia, pues ¿qué sentido tendría imponer una sanción si ésta no tiene la vocación de hacerse efectiva? Sin embargo, surge esta pregunta: ¿de acuerdo con la ley suprema a quién le corresponde hacer efectiva una sanción disciplinaria, al mismo funcionario que la impone o a una autoridad distinta?

Considera la Corte que si al legislador le compete, en desarrollo de la potestad contenida en el artículo 124 de la Carta, "determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva", bien puede señalar cuál es la autoridad competente para ejecutar las sanciones disciplinarias que se les impongan y, por ende, el procedimiento que debe seguirse para cumplir esa función, tanto en el ámbito del control interno como en el externo, siempre y cuando no se viole la Constitución, pues a pesar de que ella no regula aspectos atinentes a la efectividad de las sanciones, puede ocurrir que se infrinjan otros cánones superiores.

No obstante lo anterior, considera la Corte que quien tiene la facultad para "imponer sanciones" también la tiene para hacerlas efectivas; sin embargo, ello no es óbice para que la ley asigne esta última función a un funcionario distinto de quien sanciona, por razones de economía, celeridad y eficacia.

Las autoridades que fueron designadas por el legislador para ejecutar las sanciones disciplinarias impuestas a los servidores estatales que en el artículo 94 acusado se mencionan, coincide en la mayoría de los casos con el nominador del sancionado, lo cual se constituye en un mecanismo eficaz para lograr el propósito buscado, dada la relación de dependencia o subordinación que existe entre éste y aquél, a la vez que permite aplicar la sanción en una forma más rápida y oportuna. En otros casos, como por ejemplo cuando el sancionado es elegido popularmente, corresponde al presidente de la corporación a la que pertenece el sancionado hacer, efectiva la sanción.

Procede la Corte a analizar los incisos demandados del artículo 94, con el fin de determinar si se adecuan o no al ordenamiento Supremo, no sin antes aclarar al actor que este caso difiere del resuelto por la Corte en la sentencia C-229/95, como se verá en seguida.

En esa oportunidad la Corte decidió una demanda contra el inciso 2o. del artículo 104 de la ley 136 de 1994, que autorizaba al Presidente de la República y a los gobernadores para destituir a los alcaldes "**a solicitud de la Procuraduría General de la Nación**", cuando incurrieran en la causal que implique esa sanción, o por violación del régimen de incompatibilidades, lo cual, en criterio de la demandante, violaba el artículo 277-6 de la Constitución, pues tal función corresponde ejercerla, en forma exclusiva, a la Procuraduría General de la Nación.

La Corte después de explicar que en materia disciplinaria existen dos ámbitos de control, el interno a cargo de la entidad a la que presta sus servicios el empleado y el externo que corresponde ejercer a la Procuraduría General de la Nación, y cuya prevalencia es reconocida constitucionalmente, señaló que en la Carta de 1991, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la de 1886, el Ministerio Público se instituyó como un organismo autónomo e independiente, no sometido a la dirección gubernamental. En consecuencia, la facultad que le asignó el Constituyente de "imponer sanciones" a los servidores del Estado, implica adoptar directamente la medida respectiva. Significa esto que la Procuraduría ya no debe solicitar la suspensión o la destitución, pues ello implicaba dependencia o subordinación del Gobierno Nacional, lo cual quedó proscrito. Así las cosas, la Procuraduría a la luz de la normatividad constitucional que hoy rige, tiene la potestad de suspender o destituir, según el caso y previo el adelantamiento del proceso disciplinario correspondiente, a cualquier servidor estatal y no como sucedía antes que solamente podía **solicitar** la destitución o la suspensión al nominador del sancionado.

De ahí que la Corte haya dicho, "*Es obvio que la potestad de supervigilancia disciplinaria del Procurador pierde parte de su autoridad o poderío si la ley limita la facultad del Ministerio Público a que éste '**solicite**' que el superior jerárquico o el nominador hagan efectiva la sanción correspondiente. En efecto, ello implica una concepción subalterna de la Procuraduría, pues da a entender que ésta sigue sometida a la suprema dirección del Ejecutivo, tal como sucedía en la Constitución derogada*".

Y más adelante señaló: "*para la Corte es claro que el artículo acusado vulnera la Constitución por cuanto, de manera genérica, señala que la Procuraduría **no impone sino que simplemente solicita** que el Presidente y los gobernadores hagan efectivas las sanciones disciplinarias a los alcaldes. El artículo no ha definido entonces causales taxativas de suspensión o destitución de los alcaldes por el Presidente y los gobernadores en los ámbitos en los cuales éstas son legítimas (CP arts. 314 y 323) sino que ha establecido una regulación general de la forma de hacer efectivas las sanciones disciplinarias a estos funcionarios locales, la cual, por las razones largamente expuestas en esta sentencia, no sólo desconoce la potestad de supervigilancia disciplinaria e imposición de sanciones de la Procuraduría sino que desconoce la*

autonomía municipal..... la regulación -contenida en la norma acusada- viola la Carta porque convierte la regla especial de los artículos 314 y 323 de la Carta en norma aplicable en todos los casos disciplinarios, *con lo cual* ***desconoce la facultad propia y general del Procurador de imponer directamente las*** **sanciones** *que se deriven del ejercicio de su potestad disciplinaria externa y preferente (CP art. 277 ord. 6). Pero ello no significa, como se señaló en los fundamentos 9 y 10 de esta sentencia, que la ley no pueda establecer, dentro de ciertos ámbitos, causales taxativas que permitan al Presidente y al gobernador suspender o destituir a los alcaldes."*

Adviértase que la efectividad de la sanción a la que se refirió la Corte no se relaciona con el cumplimiento del fallo que la impone, es decir, con la actuación administrativa que se realiza con posterioridad a la terminación del proceso disciplinario, para ejecutar la sanción que autónomamente ha impuesto el superior jerárquico del empleado o la Procuraduría General de la Nación, que es el tema tratado a propósito de la norma que se impugna en este proceso.

2.3.1 Los incisos demandados del artículo 94 del Código Disciplinario Único

Al analizar cada uno de los incisos acusados del artículo 94 de la ley 200/95, no encuentra la Corte que éstos vulneren norma alguna del ordenamiento superior, pues se limitan a enunciar la autoridad encargada de **hacer efectivas** las sanciones disciplinarias que imponga la misma entidad a la que presta sus servicios el sancionado o la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia, dichas personas son quienes deberán cumplir los fallos sancionatorios de carácter disciplinario, expedidos tanto en el ámbito del control interno como en el externo.

No le asiste entonces razón al demandante, puesto que en el precepto legal, materia de debate, no se está modificando la autoridad constitucional ni legal establecida para investigar y sancionar a los empleados públicos que allí se mencionan y, mucho menos, trasladando a otras autoridades facultades propias de la Procuraduría General de la Nación. Este organismo continúa con su potestad plena y autónoma de "imponer sanciones" a los servidores estatales que incurran en faltas disciplinarias y una vez ejecutoriada la decisión respectiva, como bien se lee en el artículo 95 de la misma ley 200/95, que dicho sea de paso no fue objeto de acusación en este proceso, la envía a la autoridad competente para que ejecute la sanción, es decir, para que cumpla el fallo.

Y no podía ser de otra manera pues, como bien lo afirma el Procurador General de la Nación en su concepto, que la Corte comparte, es necesario que existan autoridades que puedan hacer efectivas o ejecuten las sanciones disciplinarias impuestas en ejercicio del control disciplinario interno y externo, pues por ejemplo, dice, en el caso de la Procuraduría ésta no cuenta con mecanismos que le permitan hacer el registro de la sanción de "amonestación escrita en la hoja de vida" de los servidores públicos, como tampoco retener las sumas correspondientes cuando la sanción impuesta es una multa y, menos aún, designar reemplazos en caso de suspensión, destitución, remoción, desvinculación o pérdida de investidura. De ahí la importancia de que el legislador haya expedido el precepto demandado, atribuyendo al nominador y al presidente de las

corporaciones públicas esa función, que se constituye en un instrumento eficaz para la aplicación de las sanciones.

Para la Corte el artículo 94 de la ley 200 de 1995, en los apartes acusados, lejos de contrariar la Constitución corrobora su espíritu al propiciar que las sanciones disciplinarias previamente impuestas por las autoridades competentes, sean efectivamente aplicadas y no se conviertan en correctivos inocuos e ineficaces.

No se olvide que la facultad del legislador para señalar la manera de hacer efectiva las sanciones, que emana de la misma Constitución (art. 124 CP), lo autoriza para indicar las autoridades públicas encargadas de esa tarea. Y si bien es cierto que en la generalidad de los casos a que alude el artículo acusado parcialmente, la autoridad competente para ejecutar la sanción es el mismo nominador del empleado, en otros se señalan autoridades distintas, lo cual no infringe el ordenamiento superior, pues es deber de los diferentes órganos del Estado colaborarse armónicamente para la realización de sus fines (art. 113 CP).

En efecto: en los incisos primero y segundo del artículo acusado, se asigna al Presidente de la República la función de hacer efectivas las sanciones disciplinarias impuestas a los gobernadores y al Alcalde del Distrito Capital, y a los gobernadores las impuestas a los alcaldes, lo cual no vulnera la Constitución, pues aunque tales funcionarios son elegidos popularmente, el legislador bien puede decidir a qué autoridad atribuye esa función. No se olvide que el Presidente de la República en ciertos casos -manejo del orden público- mantiene una relación jerárquica con los alcaldes y los gobernadores, y los gobernadores con los alcaldes, respectivamente.

En los incisos tercero y sexto, se le atribuye al nominador la facultad de hacer efectiva la sanción impuesta a los servidores públicos de libre nombramiento o remoción y de carrera; a los presidentes de las entidades y organismos descentralizados o sus representantes legales respecto de los miembros de las juntas o consejos directivos; y al presidente de la corporación o quien haga sus veces cuando el nominador sea corporativo. Estas disposiciones tampoco infringen la Constitución y, por el contrario, facilitan la ejecución de las sanciones.

En el inciso cuarto se atribuye esa función a los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas. Dentro de esta última regla quedan incluidos algunos funcionarios que gozan de fuero constitucional, por ejemplo los senadores, los representantes, el Procurador General de la Nación, los magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, el Fiscal General de la Nación, entre otros; sin embargo, ello no es óbice para que el legislador señale el funcionario competente para ejecutar las sanciones disciplinarias que a tales servidores se les impongan, pues como ya se ha reiterado, el constituyente no reguló este asunto. Distinta situación ocurriría si se modificara la autoridad fijada en la Constitución para sancionar a los funcionarios precitados, pues ello sí sería contrario al Ordenamiento Supremo.

En el inciso quinto se le atribuye al representante legal de la entidad, a los presidentes de las corporaciones, juntas o consejos o quienes hagan sus veces, y a quienes hayan contratado, hacer efectivas las sanciones impuestas a los trabajadores oficiales. Al respecto debe señalar la Corte que el aparte que ordena hacer efectiva la sanción impuesta a quienes hayan celebrado contrato de prestación de servicios con el Estado, es inconstitucional, por las mismas razones que expuso la Corte en la sentencia C-280 de 1996, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, esto es, por que los contratistas no son sujetos pasibles del régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos sino particulares regidos por las leyes de contratación administrativa. Son estos los argumentos que expuso la Corporación para llegar a tal conclusión.

"La potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello esta Corporación ya había señalado que el "régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución. Los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (subrayas no originales)"[409]*.*

"(…)La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicios simplemente, pues allí no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente. En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. ***Entonces, no son destinatarias del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos****,* ***por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU****. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto."* (Subrayas fuera del texto)

[409]Sentencia C-417/93. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte No 3.

Si las personas que celebran con una entidad del Estado un contrato de prestación de servicios no son servidores públicos sino simples particulares, mal podrían sujetarse éstos al régimen disciplinario estatuido para aquéllos. Por tanto, la expresión "y de los contratos de prestación de servicios" contenida en el inciso quinto del artículo 94 de la ley 200 de 1995, será retirada del ordenamiento positivo.

Así las cosas, el señalamiento por parte del legislador de las autoridades públicas encargadas de hacer efectivas las sanciones disciplinarias, impuestas por la Procuraduría General de la Nación o por el mismo órgano al que presta sus servicios el empleado, no vulnera la Constitución y, por el contrario, es un mecanismo idóneo y eficaz para que éstas se cumplan.

En razón de lo anotado, la Corte procederá a declarar exequibles los incisos acusados, salvo la expresión "y de los contratos de prestación de servicios" contenida en el inciso quinto, que como ya se expresó, es inexequible.

Artículo 173. ***Pago y plazo de la multa.*** Cuando la sanción sea de multa y el sancionado continúe vinculado a la misma entidad, el descuento podrá hacerse en forma proporcional durante los doce meses siguientes a su imposición; si se encuentra vinculado a otra entidad oficial, se oficiará para que el cobro se efectúe por descuento. Cuando la suspensión en el cargo haya sido convertida en multa el cobro se efectuará por jurisdicción coactiva.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

Los apartes pertinentes se encuentran en seguida del inciso 2° del artículo 46.

Toda multa se destinará a la entidad a la cual preste o haya prestado sus servicios el sancionado, de conformidad con el Decreto 2170 de 1992.

Jurisprudencia: Este inciso corresponde al inciso 2° del artículo 31 de la Ley 200 de 1995, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-280/96**.

MULTA COMO SANCIÓN DISCIPLINARIA

13- Uno de los demandantes ataca aquellas expresiones del CDU que destinan a la entidad correspondiente el producto de las multas impuestas como sanción disciplinaria, pues considera que de esa manera se establece una contribución parafiscal, cuya creación compete al Legislador y no a la autoridad sancionadora. Además, añade, esta destinación provoca en la administración un comportamiento doloso tendiente a imponer multas a fin de acrecentar el presupuesto de la entidad respectiva, por lo cual el actor pide la inexequibilidad de varias expresiones de los artículos 29 y 31 del CDU.

La Corte no comparte el cargo del actor y declarará exequibles esas expresiones, pues las multas son sanciones pecuniarias que derivan del poder punitivo del Estado, por lo cual se distinguen nítidamente de las contribuciones fiscales y parafiscales, pues estas últimas son consecuencia del poder impositivo del Estado. Esta diferencia de naturaleza jurídica de estas figuras jurídicas se articula a la diversidad de finalidades de las mismas. Así, una multa se establece con el fin de prevenir un comportamiento considerado indeseable, mientras que una contribución es un medio para financiar los gastos del Estado. Por consiguiente, si una autoridad disciplinaria impone multas a los servidores públicos, no con el fin de sancionar o prevenir la comisión de faltas disciplinarias sino para aumentar sus recursos, estaríamos en frente de una típica desviación de poder que -conforme al artículo 88 del C.C.A- implicaría la nulidad de la actuación, pues la autoridad habría utilizado sus atribuciones con una finalidad distinta a aquella para la cual le fueron conferidas por la normatividad. Pero esa eventualidad no implica la inconstitucionalidad del mandato, según el cual, las multas impuestas como sanciones disciplinarias deben destinarse a la entidad en la cual preste o haya prestado sus servicios el funcionario. En efecto, se reitera, las multas no tienen naturaleza tributaria, como lo demuestra precisamente el artículo 27 del Decreto No. 111 de 1995 que las sitúa dentro de los ingresos no tributarios, subclasificación de los ingresos corrientes de la Nación. Por ello, no es admisible el cargo de competencia que el actor hace recaer sobre los artículos sub-examine. Ni tampoco se está vulnerando el artículo 359 de la Carta que prohíbe las rentas nacionales de destinación específica pues, desde las primeras decisiones en que tuvo que estudiar el tema, esta Corporación ha establecido que una interpretación sistemática de la Constitución permite concluir que esta prohibición se refiere exclusivamente las rentas de naturaleza tributaria[410]. Y, finalmente, esa destinación tiene unas finalidades sociales razonables, pues los artículos 6º y 7º del Decreto No. 2170 de 1992 establecen que las multas impuestas en virtud de una sanción disciplinaria se cobrarán por cada una de las entidades a las cuales pertenezca el servidor sancionado y se destinarán a financiar programas de bienestar social de los empleados de las entidades.

Si el sancionado no se encontrare vinculado a la entidad oficial, deberá cancelar la multa a favor de ésta, en un plazo máximo de treinta días, contados a partir de la ejecutoria de la decisión que la impuso. De no

[410]Ver sentencia C-040/93, reiterado por las sentencias C-465/93 y C-490/93

hacerlo, el nominador promoverá el cobro coactivo, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del plazo para cancelar la multa.

Jurisprudencia: El texto subrayado corresponde en el mismo sentido a la frase “a favor de la entidad” contenida en el tercer inciso del artículo 31 de la Ley 200 de 1995, declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia **C-280/96**. Los apartes sustanciales se transcribieron en seguida del inciso 2° del presente artículo.

Si el sancionado fuere un particular, deberá cancelar la multa a favor del Tesoro Nacional, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la decisión que la impuso, y presentar la constancia de dicho pago a la Procuraduría General de la Nación.

Cuando no hubiere sido cancelada dentro del plazo señalado, corresponde a la jurisdicción coactiva del Ministerio de Hacienda adelantar el trámite procesal para hacerla efectiva. Realizado lo anterior, el funcionario de la jurisdicción coactiva informará sobre su pago a la Procuraduría General de la Nación, para el registro correspondiente.

En cualquiera de los casos anteriores, cuando se presente mora en el pago de la multa, el moroso deberá cancelar el monto de la misma con los correspondientes intereses comerciales.

Artículo 174. ***Registro de sanciones.*** Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el parágrafo 1° del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su

expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro.

Jurisprudencia: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-1066/02** "en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento."

INHABILIDADES - Regulación

HABEAS DATA - Derecho al olvido

HABEAS DATA - Vulneración por la ausencia de un término de caducidad de la información negativa

PRINCIPIO DE IGUALDAD - Vulneración por discriminación en registro de antecedentes

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Naturaleza por el aspecto temporal

SANCIONES DISCIPLINARIAS Y PENALES E INHABILIDADES - Carácter continuado

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos para cuyo desempeño se requiere ausencia de ellos

SANCIÓN DISCIPLINARIA - Registro / **SANCIÓN DISCIPLINARIA** - Certificación de antecedentes disciplinarios

2. Planteamiento del problema jurídico

Corresponde a la Corte determinar si la disposición contenida en el inciso final del Art. 174 de la Ley 734 de 2002, en virtud de la cual las certificaciones que expida la Procuraduría General de la Nación cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, deberán contener todas las anotaciones que figuren en el registro de sanciones que lleva dicha

entidad, se quebrantan la imprescriptibilidad de las penas contemplada en el Art. 28 de la Constitución, los principios de orden justo, dignidad e igualdad, consagrados en el preámbulo y los Arts. 1º y 13 superiores, y el derecho al buen nombre y a la corrección y actualización de informaciones, previsto en el Art. 15 ibídem.

3. Análisis del problema jurídico planteado

3.1. El Art. 174 de la Ley 734 de 2002 consagra un registro unificado de sanciones e informaciones negativas por parte de la Procuraduría General de la Nación, que comprende las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía.

El inciso 3º de dicha disposición señala que la certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

El aparte demandado del citado artículo, correspondiente a su inciso final, ordena la certificación de todas las anotaciones sobre antecedentes que figuren en dicho registro cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia total de ellos.

Esta última exigencia para el ejercicio de determinados cargos públicos, contemplada en otras disposiciones del ordenamiento jurídico, tanto constitucionales como legales, significa que en tales casos la existencia de antecedentes configura una inhabilidad de carácter intemporal, es decir, un impedimento para acceder a aquellos, sin límite de tiempo.

Regulación de las inhabilidades

3.2. Acerca del tema de las inhabilidades esta corporación ha expresado:

> *"4. En materia de inhabilidades para acceder a cargos o funciones públicas, la Corte en reiterados pronunciamientos ha precisado puntos como los siguientes:*
>
> - *La posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata (Artículos 40 y 85 de la C.P.).*
>
> - *Como no existen derechos absolutos, la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos está sometida a límites que procuran la*

realización del interés general y de los principios de la función administrativa[411]*.*

- *En ese marco, un régimen de inhabilidades no es más que la exigencia de especiales cualidades y condiciones en el aspirante a un cargo o función públicos con la finalidad de asegurar la primacía del interés general, para el que aquellos fueron establecidos, sobre el interés particular del aspirante*[412]*.*

- *Al establecer ese régimen, el legislador se encuentra habilitado para limitar el ejercicio de derechos fundamentales como los de igualdad, acceso al desempeño de cargo o función públicos, al trabajo y a la libertad de escogencia de profesión u oficio*[413]*.*

  -El legislador tiene una amplia discrecionalidad para regular tanto las causales de inhabilidad como su duración en el tiempo pero debe hacerlo de manera proporcional y razonable para no desconocer los valores, principios y derechos consagrados en el Texto Fundamental. Por lo tanto, sólo aquellas inhabilidades irrazonables y desproporcionadas a los fines constitucionales pretendidos serán inexequibles[414]*.*

- *La inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante*[415]*.*

---

411 Corte Constitucional. Sentencias C-509-94 y C-558-94.

412 Corte Constitucional. Sentencia C-631-96. En el mismo sentido, Sentencia C-564-97.

413 Corte Constitucional. Sentencia C-925-01.

414 Corte Constitucional. Sentencias C-194-95, C-329-95, C-373-95, C-151-97 y C-618-97. En este último pronunciamiento se dijo sobre el particular: "*Sin embargo, en la medida en que la propia Constitución atribuye a la ley la posibilidad de regular esta materia, se entiende que el Congreso "tiene la mayor discrecionalidad para prever dichas causales, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política", puesto que corresponde a ese órgano político "evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de incompatibilidad o inhabilidad así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas". Así las cosas, a pesar de que una inhabilidad limita un derecho fundamental, como es el derecho ciudadano a ser elegido a un determinado cargo, en estos casos no procede efectuar un control estricto de constitucionalidad, por cuanto la propia Carta ha atribuido al Congreso la función de establecer esas causales, con el fin de proteger la moralidad e imparcialidad de la administración. Por ello, en principio sólo pueden ser declaradas inexequibles aquellas inhabilidades para ser alcalde que en forma desproporcionada, innecesaria o irrazonable limiten el derecho de las personas a ser elegidas para ese cargo, por cuanto se estaría violando el derecho de todos los ciudadanos a una igual participación política (CP arts 13 y 40) y la libertad de configuración del Legislador, que como se dijo, en esta materia goza de un amplio margen de discrecionalidad".*

415 Corte Constitucional. Sentencias C-111-98 y C-209-00. En el primero de estos pronunciamientos la Corte expuso: "*"...la Corte ha definido que la preexistencia de condenas por delitos, concebida como causa de inelegibilidad para el desempeño de cargos públicos sin límite de tiempo, no desconoce el principio plasmado en el artículo 28 de la Constitución -que prohíbe la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad-, puesto que el objeto de normas como la demandada, más allá de castigar la conducta de la persona, radica en asegurar, para*

- *Las inhabilidades intemporales tienen legitimidad constitucional pues muchas de ellas aparecen en el Texto Fundamental y el legislador bien puede, en ejercicio de su capacidad de configuración normativa, establecer otras teniendo en cuenta los propósitos buscados y manteniendo una relación de equilibrio entre ellos y la medida dispuesta para conseguirlos[416]."[417]*

En lo concerniente al señalamiento de las inhabilidades intemporales manifestó recientemente:

> *"La Corte recuerda que si bien la Constitución consagra directamente determinadas inhabilidades sin límite temporal entre las que se cuentan, además de la que invoca el actor (art. 122C.P.) las que se establecen para determinados cargos como en el caso de los congresistas (art. 179-1), el Presidente de la República (art. 197), los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Nacional Electoral (arts. 232 y 264), el Fiscal General de la Nación (art. 249) o el Contralor General de la República (art. 267), no significa que el legislador carezca de facultades para establecer otras inhabilidades de carácter intemporal.*
>
> *"Sobre el particular cabe recordar que esta Corporación en reiteradas ocasiones ha señalado que el Legislador puede hacer uso de una amplia potestad de configuración normativa para establecer el régimen de inhabilidades de quienes aspiran a la función pública, por lo que la definición de los hechos configuradores de las causales de inhabilidad como de su duración en el tiempo, son competencia del legislador y objeto de una potestad discrecional amplia pero subordinada a los valores, principios y derechos constitucionalmente reconocidos. Lo que indica que el resultado del ejercicio de la misma no puede*

---

hacer que prevalezca el interés colectivo, la excelencia e idoneidad del servicio, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo. Bajo el mismo criterio, se aviene a la Constitución la exigencia de no haber sido sancionado disciplinariamente, ni suspendido o excluido del ejercicio profesional. Los preceptos de esa índole deben apreciarse desde la perspectiva del requisito que exige el cargo, en guarda de la inobjetabilidad del servidor público (especialmente en cuanto se trate de funciones de gran responsabilidad) y como estímulo al mérito, para que la sociedad sepa que quienes conducen los asuntos colectivos, o cumplen una actividad de manejo de intereses generales, no han quebrantado el orden jurídico, lo que permite suponer, al menos en principio, que no lo harán en el futuro".

[416] Esta Corporación ha declarado la constitucionalidad de inhabilidades intemporales en las Sentencias C-037-96; C-111-98, C-209-00 y C-952-01. En este último fallo la Corte señaló, en relación con la naturaleza jurídica de las inhabilidades, que están concebidas no como penas sino como "*una garantía a la sociedad de que el comportamiento anterior al ejercicio del cargo fue adecuado y no perturbará el desempeño del mismo, así como que el interés general se verá protegido y podrá haber tranquilidad ciudadana acerca de la idoneidad, moralidad y probidad de quien ejercerá en propiedad el referido cargo*". De esta posición de la Corte se apartaron los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynnet, para quienes las inhabilidades constituyen una sanción, son cobijadas por la proscripción de penas imprescriptibles dispuesta en el artículo 28 de la Carta y, por lo mismo, no pueden ser intemporales, salvo que con esa calidad hayan sido previstas por el constituyente.

[417] Sentencia C-373 de 2002. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

ser irrazonable ni desproporcionado frente a la finalidad que se persigue, y mucho menos desconocer otros derechos fundamentales estrechamente relacionados, como ocurre con el derecho a la igualdad, al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio[418]*."* [419]

Por su parte, el Art. 28 superior establece en su inciso final que *"[E]n ningún caso podrá haber (...) penas y medidas de seguridad imprescriptibles"*.

En consecuencia, por referirse el aparte acusado a la certificación sobre la inscripción de una inhabilidad, que de acuerdo con lo expuesto no constituye por sí misma una pena, ni una prolongación de ésta, sino una garantía de que el comportamiento anterior del aspirante no afectará el desempeño de la función o cargo, con fines de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del mismo, no vulnera el citado precepto constitucional.

Derecho fundamental de habeas data

3.3. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 de la Constitución Política, *"todas las personas (...) tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas".*

Esta disposición consagra el derecho fundamental de habeas data, en virtud del cual todas las personas tienen el poder de voluntad de obtener la información que les concierne directamente y que reposa en los bancos de datos y en los archivos de las entidades públicas y privadas, de exigir que sea puesta al día, en cuanto en la existente no se han tomado en cuenta hechos o circunstancias que modifican su situación, y de que se eliminen los errores o inexactitudes de la misma con el fin de establecer su veracidad.

Respecto de la protección de este derecho la Corte Constitucional ha manifestado:

"Ha sido abundante la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho fundamental contemplado en el artículo 15 de la Constitución Política (ver sentencias T-414 de 1992, T-480 de 1992, T-022 de 1993, T-220 de 1993, SU-082 de 1995, T-096ª de 1995, T-303 de 1998, T-307 de 1999, T-527 de 2000, T-856 de 2000, y T-1085 de 2001 entre otras), en estos pronunciamientos la Corte ha manifestado que el derecho de habeas data tiene dos sentidos: i) proteger a las personas, para que puedan conocer, actualizar y rectificar la información que

---

[418] Ver Sentencia C- 952/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis S.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett. A.V. del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido ver, entre otras las sentencias C- 1212 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería S.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Rodrigo Uprimny Yepes y C- 373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño S.V de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett

[419] Sentencia C- 948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

sobre ellas se haya registrado en bancos de datos, y ii) proteger a las Instituciones, quienes pueden conocer la solvencia económica de sus clientes, por tratarse de asuntos de interés general". [420]

Como una derivación importante de este derecho, la Corte Constitucional ha señalado el llamado "derecho al olvido", así:

"Corresponde al legislador, al reglamentar el ***habeas data,*** *determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones. Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución.*

"Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador.

"Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general.

"(...)

"Esta Sala de Revisión, complementando lo dicho, ha señalado:

"Los bancos de datos y las entidades financieras tienen derecho a la conservación, procesamiento y circulación de informaciones de carácter económico, especialmente las relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los deudores, a fin de evitar, merced al oportuno conocimiento, aumentar los riesgos inherentes al crédito por la colocación de recursos en manos de quien no exhibe una trayectoria de cumplimiento.

"Pero, claro está, no siendo un derecho absoluto, encuentra sus límites en los derechos de las personas afectadas por los datos, las cuales no pueden permanecer indefinidamente registradas bajo un dato negativo que, hacia el futuro, les niega el acceso al crédito y les causa graves perjuicios. Esto da lugar al ***derecho al olvido****, sostenido por esta Corte desde la Sentencia 414 del 6 de junio de 1992, según el cual las informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y en consecuencia, después de algún tiempo, deben desaparecer totalmente del banco de datos respectivo.*

[420] Sentencia T-1322 de 2001. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

"La Corte Constitucional ha entendido que es necesario armonizar tales derechos para preservar el interés general implícito en el adecuado y oportuno cumplimiento de las obligaciones, sin ocasionar la desprotección de la persona frente al poder informático y sin prohijar el uso desmedido y desproporcionado del derecho a la información, razón por la cual estima necesario reiterar que, por una parte, se requiere una ***autorización del interesado*** *para que las centrales de datos dispongan de la información y la hagan circular, y, por otra, deben existir unas reglas claras sobre la* ***caducidad*** *del dato.*

"Los datos financieros no permanecen, entonces, de por vida. Cumplen una función informativa precaria, esto es, durante un período razonable después de ocurridos los hechos reportados, y desaparecen. Si se extendiera su registro más allá del término de caducidad, perderían legitimidad y, por tanto, la actualización que puede reclamar el interesado implica, en tal hipótesis, la obligación del banco de datos de eliminar toda referencia a la información negativa caduca". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-097 del 3 de marzo de 1995).

"Así las cosas, un individuo no puede estar condenado para siempre a figurar como deudor moroso o como pagador irregular, de haberlo sido en alguna época.

"Reitera la Corte que, habiendo cancelado ya la obligación y estando a paz y salvo con la entidad financiera correspondiente, si ha transcurrido el tiempo razonable de caducidad del dato, el antiguo deudor debe desaparecer del registro correspondiente". [421]

Este criterio ha sido reiterado por esta Corporación, así:

"Por otra parte, también debe la Corte recordar su doctrina en cuanto a que la temporalidad de los datos no puede ser indefinida, luego, los datos negativos no tienen vocación de perennidad, por lo que, una vez el ciudadano se ha puesto al día en sus obligaciones, debe merecer un tratamiento favorable en el sentido de que se le borren los datos negativos de los archivos de los bancos de datos, por no corresponder a la verdad o no ser actuales.

"En este orden de ideas, los datos caducan y una vez producida la caducidad deben ser borrados del correspondiente sistema, de modo definitivo, conforme lo ha sostenido esta Corte entre otras sentencias, en la SU-082 y SU-089, ambas de 1995 (M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

"Ahora bien, lo que sí puede ocurrir y esta Corte lo ha admitido en guarda del derecho que tiene el sector financiero a estar informado oportunamente sobre los

[421] Sentencia T-119 de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

antecedentes más próximos de sus actuales y potenciales clientes con miras al estímulo de la sana práctica del crédito, es que cuando se ha presentado una mora en el cumplimiento de las obligaciones de ese tipo, permanezca registrado el dato por un tiempo razonable, inclusive después de efectuado el pago, lapso que esta Corte, a falta de regla legal exactamente aplicable, lo ha indicado por vía jurisprudencial".[422]

Tal derecho al olvido, planteado en relación con la información negativa referente a las actividades crediticias y financieras, es aplicable también a la información negativa concerniente a otras actividades, que se haya recogido *"en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas"*, como lo contempla el Art. 15 superior, por existir las mismas razones y porque dicha disposición no contempla excepciones.

Por tanto, el mismo debe aplicarse al registro unificado de antecedentes que por mandato del Art. 174 de la Ley 734 de 2002 lleva la Procuraduría General de la Nación, integrado por documentos públicos y accesible a todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 74 de la Constitución Nacional, mediante el señalamiento de un término de caducidad razonable, de modo que los servidores públicos, los ex servidores públicos y los particulares que ejercen o han ejercido funciones públicas o tienen o han tenido la condición de contratistas estatales no queden sometidos por tiempo indefinido a los efectos negativos de dicho registro.

En este orden de ideas, la ausencia de un término de caducidad de la información negativa consignada en el mencionado registro de antecedentes, en caso de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de los mismos, de que trata la norma acusada, quebranta la disposición contenida en el Art. 15 de la Constitución.

Así mismo, la norma impugnada quebranta el principio de igualdad consagrado en el Art. 13 ibídem respecto del registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos que no exijan para su desempeño ausencia de ellos, caso en el cual el inciso 3º del Art. 174 del Código Disciplinario Único establece un término de caducidad de cinco (5) años, con la salvedad de las sanciones o inhabilidades que estuvieren todavía vigentes, ya que el supuesto de hecho es el mismo tanto en éste como en el anterior. En esta forma se establece una discriminación que carece de justificación objetiva y razonable y debe eliminarse.

Para tal efecto es oportuno recordar que las sanciones consagradas en el mismo Código Disciplinario Único (Arts. 44 y 45), son las siguientes: i) destitución el inhabilidad general, es decir, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo; ii) suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, o sea, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo distinto de aquel en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria, por el término señalado en el fallo; iii) suspensión; iv) multa, y v) amonestación escrita.

[422] Sentencia T-527 de 2000. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

Existe diferencia entre la naturaleza de estas sanciones por el aspecto temporal, ya que las inhabilidades general y especial y la suspensión tienen carácter continuado; en cambio, la destitución, la multa y la amonestación escrita son de índole instantánea, lo cual explica que el Art. 46 del citado código señale unos límites temporales para las primeras, al establecer que la inhabilidad general será de diez (10) a veinte (20) años, que la inhabilidad especial no será inferior a treinta (30) días ni superior a doce (12) meses y que la suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce (12) meses, aplicando así un criterio racional válido.

Así mismo, el referido Art. 46 estatuye que cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente, lo cual tiene un fundamento expreso en la Constitución Política, cuyo Art. 122, inciso final, preceptúa que *"sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas"*.

En reciente pronunciamiento esta corporación resolvió declarar exequible la expresión *"pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente"* contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002 *"bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Política".*[423]

A su vez, la mayoría de las sanciones penales tienen carácter continuado, de conformidad con lo previsto en los Arts. 35, 43 y 51 del Código Penal, lo mismo que las inhabilidades en cuanto tales.

Dicho carácter continuado de las sanciones disciplinarias y penales y de las inhabilidades, señaladas en el inciso 1o del Art. 174 del Código Disciplinario Único, explica que el inciso 3º del mismo disponga que *"[l]a certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición* ***y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento****"* (las negrillas no forman parte del texto original).

Esta disposición es razonable, en cuanto establece como regla general un término de cinco (5) años de vigencia del registro de antecedentes, que es el mismo término señalado para la prescripción de la sanción disciplinaria en el Art. 32 de dicho código, y en cuanto mantiene la vigencia de los antecedentes que por ser de ejecución continuada o permanente no se han agotado, mientras subsista tal situación. Por

[423] Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

consiguiente, es justificado aplicarla también al registro de antecedentes en caso de nombramiento o posesión en cargos para cuyo desempeño se requiere ausencia de ellos, a que se refiere la disposición acusada.

En síntesis podemos afirmar que la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o sea instantánea. También contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido más de cinco (5) años o sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política.

Por lo anterior, con fundamento en el principio de conservación del ordenamiento jurídico, esta corporación declarará la exequibilidad condicionada de la disposición impugnada, en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

T I T U L O XI

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

CAPITULO I

Procedimiento verbal

Artículo 175. ***Aplicación del procedimiento verbal.*** El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

Jurisprudencia: Inciso 2° declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-1076/02**.

PROCEDIMIENTO VERBAL - Aplicación a faltas gravísimas

a) Cargos de la demanda

Encuentra el demandante violatorio del artículo 13 constitucional que a los investigados por la comisión de las faltas gravísimas consagradas en los numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 58 y 62, se les de un tratamiento diferente a los procesados por las restantes faltas gravísimas contenidas en el artículo 48, si se tiene en cuenta que se trata de situaciones de hecho idénticas.

b) Problema jurídico

Se ha de establecer, si dichos preceptos le dan un trato diferente a un grupo de procesados, sin ninguna razón que justifique dicha distinción a la luz de la Constitución.

(…)

e) Consideraciones de la Corte Constitucional.

La aplicación del procedimiento disciplinario verbal para algunas faltas gravísimas no vulnera la Constitución, por los cargos esgrimidos por el actor, por varias razones que pasan a explicarse.

1. La voluntad del legislador.

Una lectura atenta de los antecedentes de la Ley 734 de 2002 ponen de presente que fue la voluntad del Congreso de la República impregnar de una mayor celeridad los trámites disciplinarios, pero bajo determinadas condiciones:

> "En la época actual, en que la celeridad es elemento esencial de la eficacia, es preciso que los órganos de control cuenten con herramientas legales ágiles y dinámicas que permitan dar respuestas oportunas, cuando todavía la sociedad resiente la conducta irregular del funcionario o el daño acusado, y no cinco años después cuando la sanción ha perdido tanto la pertinencia como sus efectos reparadores. Este es el criterio que orienta e inspira el procedimiento disciplinario previsto en el último libro del proyecto. Por esta razón, se creo un procedimiento verbal simplificado a la realización de una audiencia dentro de los dos días siguientes a la verificación de la situación de flagrancia o al conocimiento del hecho; es aplicable por el jefe inmediato cuando la falta sea leve o cuando el servidor público sea sorprendido en flagrancia o confiese la autoría de una falta grave o gravísima."[424]

[424] Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.

Adviértase entonces que el legislador quiso establecer el trámite verbal para casos muy concretos, en función de la confesión del hecho, la comisión en flagrancia o cuando se tratase de determinadas faltas disciplinarias.

2. Ausencia de violación del principio de igualdad.

El legislador cuenta con un amplio margen de configuración al momento de establecer los diversos procedimientos disciplinarios, a condición de no vulnere los principios constitucionales, en especial, el de igualdad. En tal sentido, prever el adelantamiento de un proceso verbal para determinados casos de faltas disciplinarias gravísimas, cuando la regla general es el proceso ordinario, no constituye un tratamiento desigual injustificado y contrario a la Carta Política.

Comparte además la Corte la opinión del Ministerio Público de que la naturaleza especial de algunas faltas gravísimas justifican que el legislador haya establecido para las mismas el trámite verbal y no el ordinario. En efecto, todas ellas tienen un denominador común: se trata de faltas relacionadas con el servicio o la función, con el manejo de la hacienda pública y de los recursos públicos o con la contratación estatal, cuya característica principal es que por tratarse de conductas que no ameritan un extenso debate probatorio como el señalado en el proceso ordinario ya que al momento de valorar sobre la decisión de apertura de la investigación están dados todos los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos y citar a audiencia.

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible el inciso segundo del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, por los cargos analizados en la presente sentencia.

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial. Agencia como Ministerio Público ante el Consejo Superior de la Judicatura. Radicación Nº **20021202 01**.

DEBIDO PROCESO / AUTO DE CITACIÓN A AUDIENCIA - Calificación provisional de la falta

“Por tal situación, de conformidad con el artículo 48, numeral 46 de la ley 734 de 2002, en el auto de citación a audiencia la falta que se atribuye al implicado se califica

provisionalmente como gravísima, y al establecer la responsabilidad del funcionario cuestionado, esta se le imputó a título de culpa, indicándole que actuó "...negligentemente al no percatarse de que en el proceso disciplinario que pasó a su despacho para la suscripción del pliego de cargos ya había manifestado su impedimento en pretérita oportunidad...".

En el auto por el cual se convoca a Audiencia, no se señala de manera expresa la clase de culpa que se atribuye al doctor (...), como lo exige la nueva ley disciplinaria, indicando únicamente que el implicado estaba obligado a "...proceder con mayor celo y cuidado...".

A juicio de este Despacho, tal precisión resulta indispensable, pues de la misma depende el procedimiento que se debe seguir, toda vez que si se trata de culpa grave, la investigación debe tramitarse por las reglas del procedimiento ordinario, según lo establece el numeral 9° del artículo 43 de la ley 734 de 2002 cuando dispone que: "La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave", mientras que el artículo 175 de la misma ley prevé el procedimiento verbal para ciertas faltas gravísimas y para otros eventos que están allí expresamente consignados, pero no para las graves.". (...)

"En la medida en que la calificación de la falta gravísima surja la culpa como grave, se seguirá el procedimiento ordinario, en tanto que si la culpa resulta gravísima, se seguirá el procedimiento verbal, entrando en juego, de manera irrebatible el principio constitucional del debido proceso, motivo por el que esta Agencia estima que es imprescindible tal calificación y que su ausencia en el auto que cita a Audiencia entraña violación de dicho principio, por lo cual debe declararse su nulidad."

~~El Procurador General de la Nación, buscando siempre avanzar hacia la aplicación de un procedimiento que desarrolle los principios de oralidad y concentración, podrá determinar otros eventos de aplicación del procedimiento verbal siguiendo los derroteros anteriores~~.

Jurisprudencia: Inciso declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional en sentencia **C-1076/02**.

PROCESO DISCIPLINARIO - Reserva legal para determinar funcionario competente

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN - No tiene facultad para determinar otros eventos de aplicación del procedimiento verbal

a) Cargos de la demanda

Sostiene el ciudadano Isaza Serrano que el inciso 4º del artículo 175 viola los artículos 29, inciso 2º; 123 inciso final y 150 numeral 23 de la Constitución, dado que le esta atribuyendo funciones legislativas al Procurador, en temas de reserva del Congreso.

b) Problema jurídico

Ha de analizarse si la posibilidad de que en desarrollo de los principios de oralidad y concentración del proceso disciplinario, el Procurador General de la Nación determine en otros eventos la aplicación del procedimiento señalado en el Título XI de la Ley 734 de 2002.

(…)

d) Consideraciones de la Corte.

El inciso 4 del art. 175 de la Ley 734 de 2002 consagra, a favor del Procurador General de la Nación, la facultad de determinar otros casos, además de los establecidos en el mismo artículo, en los cuales se aplicará el procedimiento verbal y no el ordinario. La Corte considera contraria a la Carta Política esta disposición por las siguientes razones:

En materia de procesos disciplinarios existe reserva legal, en el sentido de que corresponde al legislador determinar todo lo referente al funcionario competente para adelantarlos, así como las reglas, trámite, etapas, recursos y efectos de estos trámites administrativos. En tal sentido, la Corte en sentencia C-489/97 consideró:

> *"Le corresponde al legislador establecer autónoma y libremente las reglas del debido proceso administrativo, siempre que no exista una restricción de tipo constitucional, derivada de sus principios, valores, garantías y derechos*. *Es parte importante del debido proceso administrativo el establecimiento de recursos contra las decisiones de la administración e igualmente lo relativo al trámite y a los efectos en que se conceden dichos recursos; por consiguiente, esta materia no tiene rango constitucional, su regulación le corresponde al legislador, aun cuando su competencia debe ser ejercida con arreglo a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y finalidad."*

De tal suerte que, al sujeto disciplinado le asiste el derecho a conocer, *ab initio*, quién va a ser el funcionario competente para adelantar la investigación y a proferir el fallo, e igualmente, cuál va a ser el trámite que se va a seguir en su caso. No contar con esa certeza viola, sin lugar a dudas, el derecho al debido proceso administrativo.

En efecto, no podía el Congreso de la República "delegar" en cabeza del Procurador General de la Nación la facultad de determinar la *plenitud de las formas propias de cada*

juicio (art. 29 de la Constitución), so pretexto de avanzar en la aplicación de un procedimiento que desarrolle los principios de oralidad y concentración.

Por las anteriores razones, la Corte declarará inexequible el inciso 4 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002.

Artículo 176. ***Competencia.*** En todos los casos anteriores son competentes para la aplicación del procedimiento verbal, la oficina de control interno disciplinario de la dependencia en que labore el servidor público autor de la falta disciplinaria, la Procuraduría General de la Nación y las personerías municipales y distritales.

Cuando el procedimiento verbal se aplique por las oficinas de control interno se deberá informar de manera inmediata, por el medio más eficaz, al funcionario competente de la Procuraduría General de la Nación o personerías distritales o municipales según la competencia.

Artículo 177. ***Audiencia.*** Calificado el procedimiento a aplicar conforme a las normas anteriores, el funcionario competente citará a audiencia al posible responsable, para que dentro del término improrrogable de dos días rinda versión verbal o escrita sobre las circunstancias de su comisión. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

En el curso de la audiencia, el investigado podrá aportar y solicitar pruebas, las cuales serán practicadas en la misma diligencia, dentro del término improrrogable de tres días, si fueren conducentes y pertinentes. Si no fuere posible hacerlo se suspenderá la audiencia por el término máximo de cinco días y se señalará fecha para la práctica de la prueba o pruebas pendientes.

De la audiencia se levantará acta en la que se consignará sucintamente lo ocurrido en ella.

Artículo 178. ***Adopción de la decisión.*** Concluidas las intervenciones se procederá verbal y motivadamente a emitir el fallo. La diligencia se podrá suspender, para proferir la decisión dentro de los dos días siguientes. Los términos señalados en el procedimiento ordinario para la segunda instancia, en el verbal, se reducirán a la mitad.

Doctrina: Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Radicación Nº **162-79713-2002**.

CONCEJALES MUNICIPALES - Son servidores del Estado / **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** - Competencia / **PÉRDIDA DE INVESTIDURA** - Proceso disciplinario y proceso judicial / **DERECHO DISCIPLINARIO** - Bien jurídico protegido

PRUEBA TRASLADADA / **PRUEBAS** - Grabaciones magnetofónicas / **ALLANAMIENTO** / **TIPICIDAD** - Adecuación de la conducta al tipo objetivo / **COAUTORÍA IMPROPIA**

I. ASUNTO

Procede esta Procuraduría Delegada, en los términos de los artículos 178, 179 y 180 del Código Disciplinario Único, a proferir fallo de instancia dentro de las diligencias adelantadas, bajo la modalidad del trámite verbal, contra los Concejales de Bogotá **JUDY CONSUELO PINZÓN PINZÓN, LILIA CAMELO CHÁVEZ y WILLIAM DAVID CUBIDES ROJAS**.

(…)

III. ACTUACIÓN PROCESAL

El 9 de diciembre de 2002, la Procuraduría Primera Distrital, con fundamento en la información de prensa difundida a nivel nacional, de oficio, ordenó adelantar indagación preliminar dentro del presente asunto. Posteriormente, el 12 de diciembre del mismo año, el señor Procurador General delegó en esta Procuraduría la competencia para conocer la correspondiente investigación, con fundamento en las facultades que le confiere el parágrafo del artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000.

Mediante auto de 16 de diciembre de 2002, esta Procuraduría Delegada ordenó la apertura de investigación disciplinaria y dispuso la suspensión provisional de los servidores públicos investigados. Adicionalmente citó a Audiencia Pública al considerar que lo procedente era adelantar el asunto bajo las formas propias del procedimiento verbal. Inmediatamente remitió copia de la actuación a la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General para que ésta se pronunciara sobre la medida de suspensión provisional, en los términos del artículo 157 de la Ley 734 de 2002.

La anterior determinación fue notificada personalmente a LILIA CAMELO CHÁVEZ el 23 de diciembre de 2002, a WILLIAM DAVID CUBIDES ROJAS el 26 de diciembre siguiente y a JUDY CONSUELO PINZÓN el 3 de enero de 2003.

El 20 de enero de 2003, se dio inicio a la Audiencia Pública; en desarrollo de ésta, en primer lugar, se resolvió sobre las solicitudes de los apoderados de los implicados

relativas al procedimiento a seguir en este asunto, para luego proceder a la lectura del pliego de cargos formulado en contra de los concejales implicados, decisión que se notificó en estrados, conforme a las normas que orientan el procedimiento verbal.

El mismo día, esto es, el 20 de enero de 2003, la Sala Disciplinaria resolvió la Consulta relacionada con la suspensión provisional, al encontrar ajustados a derecho los planteamientos efectuados por esta Procuraduría Delegada. (Cfr. Cuaderno Sala)

El 23 de enero de 2003 continúa la diligencia de Audiencia Pública; en esta oportunidad se escucha la versión de la implicada JUDY CONSUELO PINZÓN quien solicita el aplazamiento de la misma por encontrarse en mal estado de salud. La Audiencia se suspende y nuevamente se reanuda el 29 de enero siguiente, en esta ocasión se escucha la continuación de la exposición libre y espontánea de JUDY CONSUELO PINZÓN y las versiones de LILIA CAMELO y WILLIAM CUBIDES.

El 18 de febrero de 2003 en desarrollo de la Audiencia Pública, se reciben las solicitudes de prueba de los implicados y sus apoderados. La Delegada para la Moralidad Pública, resuelve sobre las solicitudes impetradas y decreta de oficio la práctica de varias pruebas, adicionalmente niega la de otras diligencias, decisión que apelada por el solicitante es revocada parcialmente por la Sala Disciplinaria.

Como quiera que muchas de las pruebas ordenadas por su naturaleza no eran susceptibles de ser evacuadas en la sede de la Audiencia Pública o precisaban estudios técnicos, se practicaron previas a la continuación de ésta o por fuera de la misma con la participación de los apoderados de los investigados. Así, el 27 de febrero de 2003, se llevó a cabo visita especial a Corbuhoneros; el 3 de marzo, a la empresa Yelow´s Uniforms; el 4 de marzo, al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca; el 6 de marzo, se practicó visita nuevamente a Corbuhoneros; el 26 de marzo a las instalaciones de la Reclusión El Buen Pastor y al Hospital el Tunal y en varias ocasiones a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Anticorrupción donde cursa el proceso penal.

El 10 de marzo de 2003, en desarrollo de la Audiencia Pública, se escucha en declaración a Mauricio Castillo Mora, Mario Upegui, José Antonio Brigard, el Teniente Hernando Lozano, Fabiola Posada, Hipólito Moreno y el señor Alvenio Castro. La diligencia continúa el 17 de marzo siguiente donde son recibidas otras declaraciones, el 4 de abril se cita a Audiencia pero no comparece el testigo Hernando Sánchez, el 10 de abril nuevamente se cita para Audiencia y allí ante la no comparecencia de los testigos se desiste de la práctica de esas diligencias. En esa misma fecha se corre traslado del dictamen de los expertos del DAS, finalmente se celebra Audiencia Pública de alegaciones previas al fallo de instancia el 15 de mayo de 2003.

Es del caso precisar que con ocasión de la renuencia de los testigos, con fundamento en lo señalado en el artículo 139 de la Ley 734 de 2002, se impuso a Nicolás Ocampo una multa consistente en cincuenta salarios mínimos legales diarios, adicionalmente se

multó por el mismo motivo a Hernando Sánchez, sin embargo ésta última determinación fue revocada al atenderse las explicaciones que suministrara el testigo.

Finalmente vale la pena resaltar que en el curso de toda la actuación los implicados fueron suspendidos, en forma provisional de sus cargos, en determinación adoptada inicialmente el 16 de diciembre de 2002, decisión que fue prorrogada antes de su vencimiento, en marzo 12 del presente año. Tanto en la suspensión original como en su prórroga se surtió el grado de consulta ante la Sala Disciplinaria, dependencia que encontró adecuados a derecho los planteamientos tenidos en cuenta para la adopción de la medida.

(…)

VI. CONSIDERACIONES

Procede la Delegada a proferir fallo de instancia dentro de la actuación adelantada en contra de los Concejales del Distrito Capital de Bogotá LILIA CAMELO CHÁVEZ, WILLIAM DAVID CUBIDES ROJAS y JUDY CONSUELO PINZÓN PINZÓN, para lo cual señalará en primer lugar (i) la órbita de competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar la conducta de los miembros de las corporaciones públicas, seguidamente entrará a analizar la (ii) legalidad de las pruebas aportadas a la investigación y la conducta imputada conforme a los elementos incorporados (iii) para establecer la responsabilidad que corresponda a los implicados.

De la competencia de la Procuraduría – Del *non bis in ídem*

1. La Procuraduría General de la Nación es la autoridad competente, desde el punto de vista constitucional, para investigar disciplinariamente la conducta de los concejales implicados.

La Corte Constitucional, sobre este aspecto señaló lo siguiente:

> "(…) No cabe duda en el sentido de que, por su carácter de servidores públicos, la función de vigilancia de la Procuraduría se extiende **a quienes desempeñan cargos de elección popular**, entre los cuales se encuentran los miembros de las corporaciones administrativas de las entidades territoriales y, claro está, cobija a los diputados y concejales y a todos aquellos que laboran para las asambleas y concejos. Los concejales municipales, aun no siendo empleados públicos, sí son servidores del Estado y, en realidad, puesto que desempeñan funciones al servicio del mismo, son "funcionarios". Con este término se define en general a quien cumple una función y, en la materia de la que aquí se trata -la disciplinaria- comprende a quienes, por su vínculo laboral con el Estado y en razón de las responsabilidades que contraen (art. 123 C.P.), están sujetos a la

vigilancia de la Procuraduría General de la Nación. …”.[425]

Y agregó en sentencia C-037/03:

> “Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Si bien la Constitución señala que: *"los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos",* en el artículo 123 Ibídem se establece que los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos y por tanto, se encuentran dentro de la órbita del derecho disciplinario. El referente constitucional en cita tiene su desarrollo legal en las disposiciones del Código Disciplinario en donde se identifica a esta clase de servidores públicos como destinatarios de la ley disciplinaria.

Para el caso que nos ocupa, es pertinente anotar además, que el objeto de la actuación se centró en establecer si los concejales implicados solicitaron o no dinero a un particular, lo que permite advertir que tal descripción comportamental encuadra dentro del catálogo de faltas disciplinarias contemplado por la Ley 734 de 2002, citado en los cargos formulados y no dentro de las taxativas causales de pérdida de investidura que contempla la Ley 617 de 2000.

Inexistencia de *non bis in ídem*

Se ha resaltado en la Vista Pública que la Procuraduría carece de competencia para disciplinar a los concejales aquí vinculados, por cuanto al cursar un proceso que reclama la pérdida de investidura, ante el Contencioso Administrativo, tal competencia deviene privativa y por ende excluyente. Se agrega además que la consecuencia disciplinaria de la pérdida de investidura equipara en su naturaleza tanto al proceso aquí seguido como al que lleva dicha jurisdicción. Frente a ello se tiene lo siguiente.

Resulta necesario mencionar que el proceso disciplinario que se surte ante la Procuraduría General de la Nación, juzga la conducta posiblemente **infractora de deberes en la órbita de una relación de especial sujeción**, esto es, deberes que poseen vigor vinculante dentro del ejercicio de una función pública o administrativa; es decir, confronta la conducta de los concejales en cuando personas que cumplen funciones públicas sujetas a un **especial deber funcional** y determina si en el ejercicio de las mismas, se ha atentado contra los deberes, se ha incurrido en prohibiciones o se ha violado el régimen de conflicto de intereses.

[425] Sentencia C-222 de 1999, con ponencia del Magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Por modo que las consecuencias jurídicas de un hallazgo de responsabilidad, en esta órbita, procurará que las personas sancionadas sean extrañadas de la función pública temporal o definitivamente, o sean sujetos de sanciones pecuniarias o de ambas.

El ejercicio de autotutela que subyace en el proceso disciplinario pretende así, que quienes sean encontrados responsables de la comisión de **faltas** reciban sanciones ejemplarizantes de cara al cuerpo de funcionarios y a la ciudadanía, toda. Así entonces, las sanciones impuestas persiguen **proteger la función pública, ejemplarizar dentro del cuerpo de funcionarios y prevenir futuros atentados al ejercicio de la dicha función.**

Asimismo, debe decirse que el **bien jurídico** que se protege en el derecho disciplinario**, es el correcto ejercicio de la función pública.** Tal ejercicio deviene incorrecto cuando se desatienden los fines del Estado, se pervierte el servicio a la comunidad, se desatiende la promoción de la prosperidad general, en fin, se tergiversa el propósito de garantizar a todas las personas la efectividad de los principios y garantías consagradas en la Carta. Así pues, la orientación finalística de la actuación de las autoridades en un marco de sujeción especial, justifica la potestad sancionadora del Estado. Esto ha dado para que la Corte Constitucional exprese:

> "La atribución de función pública genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado y ese vínculo determina no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades con miras a la realización de los fines estatales sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad **independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado**"[426] (sublíneas extratexto).

Por su parte, el proceso de pérdida de investidura posee una naturaleza **político-constitucional-disciplinaria**[427]**,** lo que bien da a entender que mientras en el proceso disciplinario de nudos **funcionarios** la evaluación de la conducta, se ejecuta como una forma de **autotutela** que plantea la relación estado-empleador vs. funcionario, el proceso de pérdida de investidura examina la conducta en la relación **Representante vs. Representado** con un examinador tercero imparcial, a saber el juez, es decir, de manera **heterotutelar**.

En este último caso, es fundamentalmente el examen del respeto o traición de los deberes que comporta el ser representante elegido popularmente y que emanan del **principio democrático**-**representativo**, lo que se hace; por manera que al hallarse la infracción de tal principio, la consecuencia jurídica es la desinvestidura, sin más adehalas.

Por el contrario, en el proceso disciplinario de servidores públicos- funcionarios, la

---

[426] Sentencia C-252 de 2003

[427] Así, sentencia de julio 18 de 2000, Sala Plena del Consejo de Estado, M.P. Nicolás Pájaro P.

destitución (que se identificaría en este sentido con la desinvestidura) lleva aneja la **inhabilitación general** hasta por tiempo indefinido, consecuencia esta propia de la Administración, para evitar el reingreso a ella de quienes han sido inferiores a sus **deberes funcionales**. Por ello una de las cuestiones que permite inferir inexistencia de *bis in ídem* en el subjudice, es el relativo a la **imposibilidad de asimilar las sanciones y las faltas.** Tan clarísimo es esto, que la persona a quien se quita la investidura sólo se le inhabilita para volver a ser elegido popularmente.

Tan evidente es lo anterior, que se sabe de un Ex-Senador de la República de cuya investidura fue despojado, por haber dado indebida destinación a dineros públicos y hoy, tal Ex-Senador se haya nombrado por el Presidente de la República, en un cargo que maneja ingentes recursos económicos del Estado.

Sobre lo anotado enantes tiene dicho la Corte Constitucional:

> Lo incompatible en estos casos, según el principio del **NON BIS IN IDEM,** es la simultaneidad de sanciones de la misma naturaleza o la doble falta. Cada una de estas regulaciones puede corresponder a órdenes jurídicos parciales y especializados de origen y expresión constitucional; pero, además, bien pueden encontrarse en la ley, ya porque el Constituyente ha reservado a ella la potestad de regulación en la materia, la ha autorizado, o no la prohíbe[428]. (Sublíneas ajenas al original)

De allí que sea dable pregonar que el proceso judicial de desinvestidura protege el **bien jurídico** relativo al derecho ciudadano de exigir cuentas al representante, esto es, **el principio democrático-representativo** y por ende a examinar si ha respetado o no los programas, planes y propuestas que llevaron a su elección o, por el contrario, ha antepuesto a ello, fines egoístas. Ese bien jurídico además, persigue que quienes sean investidos como representantes populares, se comporten de manera tal que se conserve la **alta dignidad** que ello demanda. Como se sabrá, la no identidad de **objeto** o **bien jurídico y causa**, imposibilitan la existencia de *bis in ídem.* La Corte constitucional al respecto ha expresado:

> "Las sanciones administrativas establecidas, con el fin de proteger el derecho de asociación sindical, **no ofrecen identidad de objeto ni de causa**, con el proceso judicial que se sigue para la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción del registro sindical y tampoco se interfieren entre sí"[429] (sublíneas del despacho).
>
> No se da una violación al precepto citado, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica **una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto**. El juez disciplinario evalúa el

[428] Sentencia C-599/92

[429] Sentencia C-096/93

> comportamiento del acusado, con relación a **normas de carácter ético**, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, **como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones**.[430] (Subrayados del despacho).
>
> "Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, **los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes**, al igual que **el interés jurídico que se protege**. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado **frente a unas normas de contenido y alcance propios**."[431] (Subrayados del despacho).

Y respecto de la dignidad como bien jurídico protegido en estos procesos aseveró:

> "Agrégase a lo anterior que la existencia de estos dos tipos de responsabilidad separables y autónomos [penal y administrativa] es, por lo demás, lo congruente con las razones que inspiraron al Constituyente para consagrar, con los propósitos que ya se mencionaron, **un sistema más severo que estuviese a disposición de los ciudadanos, para sancionar los comportamientos que atenten contra la dignidad de la investidura de Congresista**, alejada de cualquier proceso previo de carácter penal."[432]

El respeto de este bien jurídico, examinado por un tercero imparcial, discurre así en un **ámbito de sujeción especialísima**, que enfrentan al elector con su elegido, pero a nadie más; esa especialísima sujeción obliga además que las consecuencias jurídicas se mantengan en ese ámbito sin que pueda trascender a otros que no se han ocupado de discernir bienes jurídicos o matices de éste, diferentes. Por ello es de iterar, que esa relación de estrecho nivel sólo tiene por consecuencia quitarle al pasivo de la acción su carácter de representante popular e impedirle a futuro que vuelva a postularse para elecciones de tal jaez, pero no para desempeñar otras funciones públicas de libre designación o por concurso o cualquiera otra como se acceda al cargo público. He ahí otro matiz.

En tal orden de ideas, se encuentra claro que:

---

[430] Sentencia C-259/95
[431] Sentencia C-244/96
[432] Sentencia C-319/94

(i) El **proceso disciplinario administrativo** examina el cumplimiento ortodoxo de deberes en una órbita de **sujeción especial**, (ii) el cual procura mantener incólume el bien jurídico del correcto ejercicio de la función pública (iii) dentro de un proceso autotutelar cuyas (iv) sanciones cumplen fines de protección de la función, ejemplarización dentro del cuerpo de funcionarios y prevención dentro de dicho cuerpo, de la comisión de conductas de esa estirpe.

Por su parte, el **proceso jurisdiccional** político-constitucional-disciplinario de desinvestidura (i) es un proceso **heterotutelar** (ii) que transcurre dentro de un ámbito de relaciones de **sujeción especialísima** (iii) el cual examina el cumplimiento de los deberes que emanan del **principio democrático-representativo** (iv) y cuya consecuencia jurídica (sanción) persigue fines de conservación de la democracia representativa y por ende sólo impide reingresar al servicio por elección popular pero no de otras maneras.

De estas premisas, es dable concluir la inexistencia de *bis in ídem*, en el sentido que bien puede una persona que cumple funciones públicas, ser sometido a un proceso disciplinario administrativo, que lo expulse de la función y lo inhabilite hasta de por vida para reingresar a la función, y asimismo, ser sometido a un proceso de desinvestidura, que simplemente le retire su credencial de representante popular pero **sin inhabilitarlo para desempeñar <u>otras funciones públicas</u>** distintas de aquellas que generaron el extrañamiento del cargo de elección popular.

En este sentido, la existencia de **matices** impuesta por la especial naturaleza de cada procesamiento, hace procedente la conclusión de que no se trata de procesos idénticos; en efecto, la PROCURADURIA, o en todo caso, el Control disciplinario, proseguirá la acción disciplinaria con los fines que le son propios y dada su especial naturaleza y bien jurídico protegido; por su parte, el contencioso-administrativo, adelantará el proceso político-constitucional-disciplinario e impondrá la única consecuencia admisible, que les propia de manera privativa, a saber, la desinvestidura, **sin otro agregado.** En ese sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara:

> "el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la responsabilidad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción, que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y *non bis in ídem*, **<u>pero desde luego, con las matizaciones impuestas por su especifica naturaleza</u>"[433]**

[433] Sentencia C-252/03

Han dicho por ello, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional en punto a la inexistencia de *bis in ídem* en casos disciplinarios juzgados de manera paralela:

> **(i)** "Un servidor público en el cual se conjuga la doble condición anotada se encuentra en capacidad de afectar con sus actos tanto los bienes jurídicos tutelados por el régimen disciplinario propio de los miembros de la rama judicial como aquéllos protegidos por los reglamentos disciplinarios de la Fuerza Pública. En estas condiciones, no se ajusta a los imperativos constitucionales en materia de igualdad excluir la conducta de los funcionarios del Tribunal Superior Militar que a la vez son miembros de la fuerza pública, de la aplicación de uno de los dos regímenes disciplinarios mencionados, pues su conducta es susceptible de afectar los bienes por ellos tutelados. Sin embargo, puede darse el caso en el que estos dos sistemas normativos tipifiquen como falta la misma conducta y la sometan a consecuencias jurídicas diversas, o que, simplemente, la coincidencia genere incertidumbre acerca del tipo de proceso que ha de seguirse o del juez disciplinario competente. En estas condiciones, la coincidencia de regímenes disciplinarios podría afectar los principios constitucionales relativos al debido proceso o el principio *non bis in ídem*.
>
> Igualmente, también es cierto que, a pesar de las eventuales coincidencias, existen faltas disciplinarias típicas y exclusivas de cada uno de los regímenes que la disposición demandada hace coincidir, precisamente en razón de la especificidad propia de las labores judiciales y de las de la fuerza pública. En efecto, no todas las conductas que tienen la virtualidad de afectar a la administración de justicia tienen que estar contempladas en el régimen disciplinario de la fuerza pública, pues varias de ellas no son susceptibles de ser ejecutadas en el ejercicio de la funciones propias de ésta última o se pueden materializar exclusivamente en cumplimiento de la función judicial. Algo semejante ocurre en el caso contrario. Resulta razonable suponer que algunas acciones u omisiones que pueden afectar a las fuerzas armadas o de policía, no se encuentran tipificadas en el régimen disciplinario de la rama judicial.
>
> Así las cosas, la única decisión razonable es la de interpretar la disposición estudiada de manera tal que los funcionarios judiciales a que se refiere, se encuentren sometidos a las normas disciplinarias propias de su doble condición, sin que ello implique admitir una eventual duplicidad que comprometería los principios constitucionales antes mencionados."[434]

[434] Sentencia C-358/97

(ii) “En primer lugar, debe precisar la Sala en relación con la observación que hace el señor Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación en la audiencia pública, atinente a que el senador demandado fue objeto de investigación disciplinaria, por las mismas causas que se alega en este proceso, la cual culminó con el archivo del expediente, por no configurarse la conducta que se le atribuía, que tal circunstancia no inhibe a esta Corporación para decidir la solicitud de pérdida de investidura, pues la competencia que está atribuida al Consejo de Estado en esta materia, respecto de los Congresistas, es privativa, como bien lo señaló la Corte Constitucional mediante sentencia C-280 de 1996 [435] al examinar la constitucionalidad de los artículos 29 y 30 de la Ley 200 de 1995.

En efecto, si bien es cierto que la pérdida de investidura está consagrada en la Ley 200 de 1995 como una sanción de tipo disciplinario para los miembros de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales, así como para los miembros del Concejo Distrital de Bogotá, D.C.; tratándose de los congresistas, tal figura, por sus especiales características, sólo puede operar en los casos y bajo las condiciones establecidas en la Carta Política; por tal razón, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la expresión “o pérdida de investidura” contenida en el inciso tercero del artículo 32 de la citada Ley 200 de 1995.

Dijo la Corte Constitucional en el citado fallo, lo siguiente:

“…es admisible que este estatuto disciplinario establezca la pérdida de investidura como una sanción principal, pues es indudable que esta figura tiene un componente disciplinario. …….

…..la norma no desconoce la competencia propia del Consejo de Estado en relación con los Congresistas, y nada se opone a que la ley regule la pérdida de investidura como sanción disciplinaria para el resto de miembros de las corporaciones públicas, por cuanto se trata de una figura disciplinaria que es "equiparable por sus efectos y gravedad, a la de destitución de los altos funcionarios públicos". Además, la propia Carta prevé tal sanción para las otras corporaciones.

……

…en relación con los congresistas, esta disposición es inexequible, por cuanto en este caso la institución de la pérdida de investidura tiene "muy especiales características" pues "tan sólo puede operar en los casos, bajo

[435] Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996. M.P. Dr.: Alejandro Martínez Caballero

> las condiciones y con las consecuencias que la Carta Política establece. Las causas que dan lugar a ella son taxativas". Esto significa que no puede la ley restringir ni ampliar las causales establecidas por la Constitución como determinantes de pérdida de investidura, esto es, las señaladas por los artículos 110 y 183 de la Carta.".
>
> En ese orden, no resulta válido sostener que las conductas que se le endilgan al senador demandado, descritas en los numerales 2 y 3 del artículo 179 de la Constitución Política, fueron ya objeto de examen en la investigación que adelantó la Procuraduría General de la República, ya que, se repite, la competencia de la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, en lo que respecta a las conductas enlistadas como causales de pérdida de investidura de los congresistas, es privativa."[436]

Ahora bien, previamente a considerar el caso particular a que se refiere este proceso, es necesario hacer las siguientes precisiones respecto de algunos puntos de la controversia.

De las pruebas incorporadas

2. En el curso de la presente actuación han sido incorporadas diversas pruebas las cuales han sido ordenadas y practicadas por las autoridades judiciales encargadas de la investigación, desde la órbita de su competencia, de la conducta de los implicados JUDY CONSUELO PINZÓN, LILIA CAMELO CHÁVEZ y WILLIAM DAVID CUBIDES ROJAS.

Además de las pruebas trasladadas, sobre las cuales esta Delegada se pronunciará a continuación, se advierte que en el curso de la presente actuación se han practicado diversas diligencias y se ha dado a los sujetos procesales la posibilidad jurídica de participar en su aducción y controversia; por tanto, se considera que sobre la licitud y eficacia jurídica de los medios aportados y practicados, no existe el menor asomo de duda en la medida que, como se indicó, los elementos probatorios fueron aducidos con la observancia plena de las normas de cuya validez dependen y fueron no sólo conocidos sino además controvertidos.

Ahora bien, los sujetos procesales han planteado la existencia de dudas sobre la

---

436 CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, Bogotá D. C., quince (15) de mayo de dos mil uno (2001), radicación número: AC-12300, Actor: MANUEL VICENTE LÓPEZ LÓPEZ, Demandado: GENTIL ESCOBAR RODRÍGUEZ.

denominada prueba trasladada, en argumentos que han sido expuestos en precedencia y los que procede a analizar esta Procuraduría Delegada.

3. El apoderado de la implicada JUDY CONSUELO PINZÓN, señaló la inexistencia de un ánimo de saneamiento e indicó que no convalida las pruebas trasladadas provenientes del proceso penal que adelanta la Fiscalía General ni las del proceso de pérdida de investidura a cargo del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, **sin señalar el motivo del reproche frente a cada uno de tales elementos**.

Sobre el particular, considera la Delegada pertinente indicar que la existencia o no de ánimo de convalidación en los términos en que es planteada por uno de los sujetos procesales, es indiferente para la determinación de la legalidad de la prueba trasladada. Lo procedente en esta materia es analizar es si objetivamente los medios de prueba se encuentran afectados o viciados de ilicitud que los haga nulos de pleno derecho, esto es inexistentes.

Conviene poner en evidencia que la ilicitud de las pruebas devendría de la obstaculización en su controversia; en el derecho procesal penal sin embargo, la legitimidad de las pruebas se marca con la competencia de quien las trae a los autos, siendo posible que posteriormente las mismas sean objeto de ampliación o repetición. De no ser así, debería el funcionario investigador esperar a que los sujetos procesales, o acudan o manifiesten su interés de no asistir a su práctica, para que ellas fueran válidas. Esto sin contar los casos en que no se conocen los implicados, lo cual haría imposible toda notificación. Como ello fue discutible en otro tiempo, el legislador zanjó la disputa, obligando el que las mismas puedan repetirse, si así lo desean los sujetos procesales. En efecto dice el art. 401 C. de P.P.:

> "Finalizado el término de traslado común, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, **incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir**. El juez podrá decretar pruebas de oficio." (Subrayas del despacho)

Así las cosas, no acompaña razón a los apoderados de los implicados en este proceso, que han negado toda validez a la prueba penal trasladada *in totto* por este despacho y que sirvió como fundamento de la citación a audiencia, pues, el traslado aquí verificado, surte los efectos de publicidad para su debate y, por otro lado, las pruebas así practicadas por el señor Fiscal que las produjo y que aquí se trasladaron, no eran inexistentes pues, el propio legislador les ha dado plena validez, siendo posible su repetición en esa sede, por lo cual la ilegitimidad *in nuce* que se le recrimina a tal cuerpo probatorio, no es correcta jurídicamente.

Análisis de la responsabilidad disciplinaria

4. Como se indicó anteriormente, la conducta imputada consiste en que los disciplinados prevalidos de su condición de Concejales de Bogotá, aprovechando el debate que se efectuaba en el Cabildo Distrital sobre el Código de Policía, al parecer **solicitaron dinero a MAURICIO CASTILLO** quien se les había presentado como representante de los intereses de los vendedores ambulantes, a cambio de intervenir para que se aprobara una norma que no les perjudicara.

Supuestos de hecho, datos probatorios y la estructuración de la Falta disciplinaria

5. Centrada entonces la investigación, en la supuesta solicitud de dinero por parte de los servidores implicados a CASTILLO MORA, **y no en el hecho de haber adelantado gestión alguna como resultado de ésta**, es del caso entrar a analizar las circunstancias que, acreditadas en la actuación, permitirán a esta Procuraduría Delegada establecer la estructuración o no de falta disciplinaria atribuida a los servidores implicados.

Supuestos de hecho relevantes según los cargos estructurados

6. Son los siguientes:

- Los Concejales de la ciudad de Bogotá, para el momento de los hechos investigados en el Cabildo Distrital, discutían la aprobación del Código de Policía de la Capital. Legalmente les estaba atribuida la competencia de discutir y aprobar el mencionado Código.

- Los vendedores ambulantes y/o los intereses de las empresas que los agrupan, podrían verse afectados con el tratamiento que se impartía en el Proyecto de Código a las ventas ambulantes y a las vallas móviles.

- El señor MAURICIO CASTILLO, en representación de los posibles afectados por las normas de Policía, contactó esgrimiendo la referida condición a los Concejales investigados y a la Secretaria de Gobierno Distrital, planteando modificaciones al Proyecto. El señor CASTILLO MORA tenía interés en que el artículo 68 del proyecto se modificara.

- Los implicados le indican a CASTILLO MORA y a las personas que eventualmente le acompañan (FELIPE HURTADO, HERNANDO SÁNCHEZ) que la única forma de modificar el proyecto es con dinero.

- Los implicados se reunieron en varias ocasiones con el denunciante MAURICIO CASTILLO MORA en locales comerciales de la ciudad, en la sede política de uno de ellos y en las oficinas del Concejo Distrital. En dichas reuniones tiene lugar la solicitud de dinero.

- En varias oportunidades los implicados conversaron telefónicamente con CASTILLO MORA y con FELIPE HURTADO FARIAS ya sea por llamadas que éste efectuara o por llamadas que recibiera de los implicados. De dichas llamadas y de las conversaciones hay grabaciones y en algunas se hace referencia a la entrega de algo, al parecer de dinero.

- En una reunión que tuvo lugar el 8 de diciembre de 2002, comparecen todos los implicados y el denunciante con un maletín que contendría el pago a las exigencias.

- **Datos probatorios**

(…)

17. **En varias oportunidades los implicados conversaron personal y telefónicamente con CASTILLO MORA ya sea por llamadas que éste efectuara o por llamadas que recibiera de los implicados. De tales llamadas y de conversaciones hay grabaciones y en algunas de éstas se hace referencia a la entrega de algo, al parecer, dinero**

Se destaca nuevamente lo manifestado en los cargos formulados a los investigados, en lo relativo a la legalidad de las grabaciones aportadas por MAURICIO CASTILLO, en el sentido que tales pruebas realizadas por quien interviene en ellas, son perfectamente lícitas.

En providencia de enero 20 de 2003 se citó la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de agosto 15 de 2001, dentro del proceso radicado bajo el No. 15119 con Ponencia del Magistrado FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en la que se resaltó que:

> ” La Corte tiene dicho que las grabaciones magnetofónicas realizadas por quien está siendo víctima de una conducta punible a través de llamadas telefónicas a su abonado, no requieren de autorización judicial previa para su validez, y eficacia probatoria, puesto que siendo destinatario de la llamada, está facultado para grabarla y difundirla, en virtud del principio de autonomía individual, sin que con ello se afecte la órbita de la intimidad ajena, ni el orden jurídico
>
> Lo prohibido, como acertadamente lo sostiene el Procurador Delegado en su concepto, es la grabación en la modalidad de interceptación de terceros,

> pues se entiende que el interés protegido en lo material es la injerencia indebida de una persona en la comunicación de otra, de la cual no hace parte. Por tanto, si un tercero se inmiscuye en una conversación ajena, y la graba, la prueba así obtenida será ilícita, pero si la grabación es realizada por quien participa en ella, no habrá motivos para afirmar su ilicitud, menos aún, si está siendo víctima de un delito (Cfr. Casación marzo 16/88, Magistrado Ponente Dr. Lisandro Martínez Zúñiga; Única, Sentencia de octubre 22/96, Magistrado Ponente Dr. Fernando Arboleda Ripoll; Casación de Nov.15/00, Magistrado Ponente Dr. Jorge E. Córdoba Poveda, entre otras).”

De otra parte se encontró respaldo en la determinación adoptada por el Procurador General de la Nación el 23 de julio de 1997, dentro de la investigación radicada bajo el número 009-003205, en la que se indicó:

> “… Es indudable que el derecho fundamental a la intimidad es renunciable por su titular, por lo cual, si uno de los intervinientes en la comunicación o ambos, da su consentimiento para la grabación de sus manifestaciones, desaparece cualquier violación y la prueba así obtenida, goza de plena validez”.

En el curso de la actuación se ha manifestado por los implicados y sus apoderados que no se ordenó la interceptación de todos los teléfonos, que las interceptaciones eran ilegales, entre otros aspectos; sin embargo advierte esta Delegada, que tales reproches carecen de real fundamento en la medida en que todas las grabaciones aportadas son producto de la intervención directa de CASTILLO MORA y que ninguna de ellas corresponde a interceptación lícita o ilícita. Es preciso agregar, que CASTILLO MORA hace parte de un colectivo que propende la defensa de los intereses de vendedores ambulantes; desarrolla algunos programas sociales que procuran mejorar su nivel de vida, entre otros programas, aspectos que bien pudieron constatarse en la visita hecha por esta Delegada, a la sede de Corbuhoneros. En tal sentido, las actividades proactivas que éste desarrolló, se tiñeron de un fin filantrópico, como fue el desarrollar todo un programa aglutinante y que trataba de ofrecer condiciones *ventajosas* para la ciudad al tenerlos como guías turísticos, informantes, etc.

En ese sentido, no puede negarse que el fracaso del proyecto de CASTILLO MORA le afectaba a él primordialmente, en cuanto líder. Si esto es así, no se niega su calidad de víctima en frente de las demandas de dinero que le hicieron los concejales disciplinados para no, literalmente, sacar a los vendedores informales de las calles, por medio de una norma que así lo dispondría. Ese resultado afectaba a CASTILLO y su colectivo y en ese sentido se le tiene como afectado y por ende legitimado para grabar las conversaciones que en esa dinámica reprochable lo involucraba.

Así las cosas teniendo en cuenta la legalidad de las precitadas grabaciones, se procede a analizar lo pertinente respecto a su contenido y valor probatorio.

18. Si bien en concepto del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, se indica que con las grabaciones aportadas por el denunciante no es posible efectuar el **cotejo** ordenado, en la medida que las cintas no son idóneas para ello (Cfr. Concepto del D.A.S Folios 1841 a 1861 del Cuaderno 9), es claro que **sí es posible**, como se indica en el anotado concepto del DAS y en el de la Fiscalía, **efectuar trascripciones de dichas conversaciones**, para a partir de éstas, así como de los testimonios que obran en la investigación y de la relación de las llamadas telefónicas realizadas por los investigados, establecer indiciariamente quiénes son los interlocutores que allí intervienen.

(…)

Frente a la diligencia de allanamiento ha manifestado el doctor WILLIAM CUBIDES que es ilegal en la medida en que no se llevó a cabo en la hora indicada, sobre este aspecto la Delegada hace suyo el planteamiento esbozado por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación de 25 de febrero de 2003 que sobre este mismo aspecto señaló.

> "…La circunstancia de no haberse realizado el allanamiento en la hora fijada de las 9:30 a.m. no precluía la oportunidad para que la Fiscalía adelantara la diligencia, la fecha y hora para este tipo de actuaciones, tiene por objeto fijar el punto de inicio, para efecto de coordinar el operativo, y si esperaron hasta las 11:40 , de la mañana, hasta cuando llegaron los Concejales, significa que actuaron precedidos de la facultad de asegurar la prueba de conformidad con el artículo 243 del C de P.P., por manera que, la espera del Fiscal, para realizar el allanamiento no tiene ninguna relación con el hecho investigado."

33. Es necesario dejar claro que las múltiples preocupaciones de los implicados, en torno a este evento y que se han desbrozado en este acápite, se enfilan a negar la virtualidad probatoria que a los ojos del derecho sancionador, tiene un hecho material inconfutable: el que se trata de una reunión entre tres personas que desempeñan funciones públicas con la víctima de una exacción ilegal, encuentro en el cual se entregaría el fruto de las ilegítimas demandas. Que si la diligencia se llevó a acabo a la hora programada, que si la maleta la entró el señor CASTILLO, que si se la ayudó a preparar la policía, que no aparecen las huellas digitales de los implicados en la maleta, etc., … no son más que elucubraciones superfluas que pretenden distraer el asunto toral ya descrito en este párrafo. Pues, itérase, con maletín o sin él, con dinero auténtico o espurio, a los efectos de la configuración del ilícito disciplinario, el resultado material no cuenta sino como factor agravante de la consecuencia jurídica pero no como elemento integrante esencial para su perfeccionamiento, el cual ya se ha dado desde el propio instante de la infracción del deber –demanda ilegítima—aun sin avanzar hasta el instante de la reunión o el allanamiento con flagrante ilícito a bordo.

En conclusión, el 8 de diciembre se lleva a cabo una reunión a la que acuden el denunciante y los implicados, cuyo propósito estaba relacionado con la solicitud que éstos habían efectuado a CASTILLO MORA, una vez se verificó la llegada de todos los implicados, el denunciante sale del recinto y da aviso a las autoridades, CASTILLO previamente ingresa al lugar en el que se encontraban los concejales y lleva consigo un maletín ejecutivo que contiene fajos de billetes simulados, pocos instantes después de la entrada de CASTILLO irrumpen las autoridades amparadas en la orden de allanamiento y los concejales LILIA CAMELO, WILLIAM CUBIDES y JUDY CONSUELO PINZÓN son capturados.

(…)

De otra parte, debe enfatizarse en que esto es objetivo: está demostrado con testimonios y corroborado con los datos objetivos atrás enlistados. Ahora bien: (i) que si la situación del espacio público no cambiaba con el código, o que (ii) ya nada podía hacerse con el artículo 68 del C. de Policía, o que (iii) LILIA CAMELO siempre ha sido una abanderada de la causa de los vendedores ambulantes, etc., son hipótesis probables, ciertamente construidas, que no alcanzan a derrumbar el edificio de objetividad que atrás se ha detallado y en frente del cual los apuntamientos anotados por la defensa, no consiguen la fuerza infirmante de la facticidad connotada por la prueba testimonial, las grabaciones y los demás datos indiciarios (llamadas, reuniones en el cabildo y en Corbuhoneros, reunión del día del allanamiento, etc.).

(…)

IMPUTACIÓN DE LA CONDUCTA

34. Una vez establecida la existencia de los hechos que inequívocamente implican la materialidad de la conducta, procede la Delegada a evaluar la tipicidad de la falta, la forma de participación y la culpabilidad de los servidores públicos implicados, para luego, a partir de la naturaleza de la falta endilgada, establecer la sanción que en derecho corresponda imponer.

Tipicidad de la conducta

35. Como se indicó en el pliego de cargos, la falta en materia disciplinaria se estructura a partir de **la infracción del deber funcional,** con independencia de si el comportamiento investigado es además constitutivo de infracción penal o si el mismo ha producido un resultado en términos naturalísticos.

En el contexto anterior, quienes ejercen función pública, deben desempeñar el empleo, cargo o función sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones de ley y ante todo consultando permanentemente los intereses del bien común, tal como lo disponen los numerales 8 y 15 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, atinentes a los deberes de los servidores públicos; preceptivas que en el presente asunto fueron

desconocidas con la conducta desplegada por los Concejales investigados, al tenerse acreditado que pretendieron obtener beneficios económicos con la negociación de la aprobación de un artículo del Proyecto de Acuerdo de Código de Policía para Bogotá, con claro desconocimiento del interés general, por lo que sin duda el comportamiento en cuestión se adecua a la falta disciplinaria descrita en las normas que les fueran citadas como infringidas.

Se tiene además que, la solicitud de dinero por parte de los Concejales investigados a MAURICIO CASTILLO, en las circunstancias probadas, con independencia de si éstos ejecutaron o no la gestión a la que se comprometían o de si el dinero no se entregó o sólo se hizo parcialmente, permite advertir que con tal proceder se vulneró la prohibición que en tal sentido rige para el ejercicio de la función pública, prevista como un tipo de **mera conducta** en el numeral 3 del artículo 35 del Código Disciplinario único, disposición igualmente citada a los disciplinados en el pliego de cargos.

De otra parte, el numeral 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 tipifica como falta disciplinaria gravísima del servidor público, el hecho de ejercer las potestades que el empleo o función le conceden para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante. Como se ha indicado los implicados amparados en la calidad derivada de su investidura, solicitaron dinero a cambio de gestiones en la aprobación de un artículo relacionado con las ventas ambulantes y protección del espacio público del Código de Policía, comportamiento que traduce un acto de corrupción que enloda y pone en entre dicho el buen nombre no sólo de la institución de la cual hacen parte los investigados sino de la toda la administración pública. Con este comportamiento además adecuaron su conducta a la descripción del numeral 45 ya que ejercieron actividades incompatibles con el buen nombre del cabildo Distrital.

En lo que atañe a la falta tipificada en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, se tiene que los elementos recaudados han permitido establecer que con la conducta desplegada por los investigados además de configurarse una falta disciplinaria, posiblemente se ha realizado objetivamente la descripción típica de un delito que sólo tiene lugar en razón, con ocasión o como consecuencia de la función desplegada.

La tipicidad objetiva de la falta disciplinaria así descrita por el legislador se completa con la adecuación de la conducta al tipo objetivo previsto en la legislación penal, por tanto para su configuración desde la perspectiva del operador disciplinario, no requiere, como lo pretende algún sujeto procesal, la existencia previa de una sentencia condenatoria en un proceso penal, lo que implicaría de suyo no sólo una prejudicialidad no prevista sino que además se desbordaría la exigencia de la tipicidad disciplinaria.

En efecto, el tipo consagrado en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002, para la configuración de la falta gravísima allí prevista, señala que la misma se verifica como tal, cuando el servidor público realiza, *"objetivamente una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o, abusando del mismo".*

Basta entonces con la adecuación típica a un tipo penal doloso, realizado con ocasión o como consecuencia del cargo, para que se configure la falta disciplinaria, es decir se limita a una parte del examen de tipicidad en la estructura dogmática del delito, al análisis objetivo del tipo penal.

La configuración de la falta disciplinaria así descrita no implica el estudio de la antijuridicidad del comportamiento ni el juicio de reproche sobre la culpabilidad, es decir, no se requiere como tal que exista un juicio de responsabilidad penal, basta la realización objetiva de una descripción típica.

El análisis realizado en el aspecto que nos ocupa, permite concluir que en el presente caso se tiene comprobado la existencia de un concurso ideal de faltas disciplinarias, por cuanto con la conducta desplegada por los Concejales investigados se verificó la adecuación típica de tal comportamiento con las disposiciones ya señaladas del Código Disciplinario Único.

(…)

36. Forma de Participación de los implicados- Fenómeno de Coautoría impropia-.

Los sujetos intervinientes en una falta disciplinaria o en otras palabras la vinculación de éstos en el hecho investigado, al igual que sucede en derecho penal puede presentarse de diversas formas; en efecto, son múltiples las discusiones dogmáticas en torno a la coparticipación en materia de derecho administrativo sancionatorio.

En el presente asunto, el material probatorio recaudado, así como el análisis efectuado, permite concluir que la falta atribuida a los servidores investigados la han cometido en calidad de autores, en la modalidad de coautores y como quiera que éstos convinieran en la realización del hecho reprochable con división de trabajo, se presenta la figura denominada de coautoría impropia.

Sobre esta figura del derecho penal y evidentemente compatible con el derecho disciplinario, la jurisprudencia nacional, ha señalado:

> “Resulta ilógico e injurídico pretender que se responsabilice a cada interviniente en una empresa criminal únicamente por la tarea parcial que le correspondió cumplir, pues ello haría imposible la configuración de la coautoría impropia, ya que esta emerge de un plan común, del dominio colectivo del suceso, de la distribución de funciones, cada una de las cuales es una pieza de la realización del resultado comúnmente querido, la que, como tal, no puede ser considerada aisladamente, pues podría aparecer como despreciable o ineficaz y, por ende, impune, y que solo adquiere relevancia en el conjunto y con relación al plan

criminal propuesto.”.[437]

> “… resulta característico de la denominada coautoría impropia que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible realicen la conducta típica de manera conjunta pero con división de trabajo, por ello es inherente a esta figura la concurrencia de por lo menos dos elementos: uno subjetivo que generalmente es previo o concurrente con la comisión del hecho, consistente en la existencia de un acuerdo expreso o tácito para su acometimiento y uno objetivo, que se manifiesta en la realización de actos orientados a su ejecución como cometido común, siéndoles por ello imputables a todos los partícipes el delito o delitos que típicamente se configuren.” [438]

Con el antecedente citado, se analizará a continuación la existencia o no de los referidos presupuestos en el caso que nos ocupa:

Existencia de un acuerdo previo: se ha comprobado que la Concejal LILIA CAMELO contactó a los Concejales WILLIAM CUBIDES y JUDY CONSUELO PINZÓN; estas tres personas se reunieron para discutir lo relativo a las pretensiones de CASTILLO MORA, para acordar su proceder, a fin de llevar a cabo su ilícito propósito. Lo anterior surge del siguiente análisis:

MAURICIO CASTILLO contacta a la Concejal LILIA CAMELO por considerar que siempre estuvo comprometida con la causa de los vendedores ambulantes, aspecto que por demás ha sido suficientemente acreditado en esta investigación, no sólo por las declaraciones de CASTILLO MORA sino también por la versión de la propia implicada. Igualmente, está probado que LILIA CAMELO es la persona que luego busca a los Concejales JUDY CONSUELO PINZÓN y WILLIAM CUBIDES para referirles la existencia de CASTILLO MORA quien hasta ese momento se había presentado ante la Concejal como líder de los vendedores ambulantes; así también lo acepta la Concejal JUDY CONSUELO y por ello acude a Corbuhoneros; para el Concejal WILLIAM CUBIDES éste, CASTILLO, también es el representante de los vendedores, percepción que además es compartida por los otros implicados al advertir que CASTILLO se hacía acompañar por quien a su juicio consideraban era el representante de los vendedores de tarjetas de telefonía celular.

Una vez los implicados han establecido que se trata de personas con respaldo económico deciden, a sabiendas que el Código por entonces en trámite no podía ser modificado, solicitar dinero a cambio de realizar gestiones, bajo la convicción también de que los interesados en el resultado de la gestión podrían reunir la suma prevista.

---

[437] **Sentencia de abril 25 de 2000, Rad. 11.925, M. P. Jorge Enrique Córdoba Poveda.**

[438] **Sentencia de diciembre 15 de 2000, Rad. 11.471, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.**

Para los implicados FELIPE HURTADO era el representante de los intereses de la empresa YELLOU'S UNIFORMS, empresa que por su nombre le hacía creer que agrupaba a los vendedores ambulantes de uniforme amarillo con publicidad de COMCEL y por ello, con suficiente respaldo económico para atender sus demandas de dinero. En el mismo sentido se puede decir que se apreció al señor HERNANDO SANCHEZ, como un empresario con capacidad económica para los mismos efectos. Así las cosas el argumento esgrimido por los implicados cuando aseveran que FELIPE HURTADO, HERNANDO SANCHEZ y MAURICIO CASTILLO, solo representan los intereses de grupos económicos no puede considerarse como argumento de defensa por cuanto precisamente tal condición los convirtió, especialmente a FELIPE HURTADO, en sujetos de las pretensiones injurídicas de éstos.

División del trabajo: Como se señaló una de las características de la Coautoría impropia radica en la división del trabajo, así las cosas es posible que el aporte de alguno de los concurrentes en si mismo, pueda ser considerado en un momento dado como irrelevante, sin embargo apreciado en conjunto se revela la ilicitud del comportamiento, veamos en el presente asunto:

El Concejal WILLIAM CUBIDES solicitó dinero de manera directa a MAURICIO CASTILLO cuando este se encontraba en compañía del señor FELIPE HURTADO FARIAS (Cfr. Declaraciones de Mauricio Castillo –video audiencia de 10 de marzo de 2003, declaración rendida - declaración de FELIPE HURTADO Folio C9). JUDY CONSUELO PINZÓN reiteró las solicitudes de dinero y argumentó que su palabra estaba comprometida (Cfr. Trascripción de las grabaciones magnetofónicas)

Ahora bien, la defensa de la Concejal LILIA CAMELO argumenta sobre el particular el hecho según el cual en sus declaraciones MAURICIO CASTILLO y FELIPE HURTADO jamás indicaron que ésta, LILIA CAMELO, les hubiera solicitado dinero, no obrando prueba que directamente la vincule como autora que desarrolla la conducta de solicitar; sin embargo es evidente que esta persona conocía el plan, así como que ella acuerda las reuniones y asiste a las mismas, además es quien sirve de enlace entre MAURICIO CASTILLO y los demás concejales que le solicitan dinero. Aunado a lo anterior se tiene prueba de sus manifestaciones en el sentido de la necesidad de tener las "veintidós cosas cuadradas" lo que denota el conocimiento de la situación. En efecto, se tiene prueba de sus manifestaciones en el sentido de la necesidad de tener las **"veintidós cosas cuadradas"** lo que denota, no apenas el conocimiento de la situación, sino la participación de la dinámica ilícita que se planteaba en la relación PINZON-CUBIDES-CAMELO y CASTILLO. Sería harto ingenuo pretender salvar de responsabilidad a quien con insistencia habla de los términos acuciantes para decidir y de la necesidad de cuadrar las veintidós cosas –que luego aclara son personas en el mismo dialogo—a efecto de que la pretensión de CASTILLO, saliera avante. Los contactos hechos por la señora CAMELO, pero asimismo, los apuros hechos manifiestos por ésta y su asistencia a la reunión de entrega, el domingo del allanamiento, no dejan dudas en que actuó en contra de sus deberes, incurrió en prohibiciones y agotó tipicidades disciplinarias, según se esbozó enantes, pues, se movió según los mismos intereses espurios que determinaron la conducta de los co disciplinados.

La conducta aislada de reunirse con algún gremio no constituye ilicitud alguna, por el contrario es natural o cotidiana para aquellos que gracias al apoyo popular ocupan dignidades públicas, así se deduce de las declaraciones de los miembros del cabildo distrital que acudieron a la Audiencia Pública (Cfr declaración de Fabiola Posada Video). Esta conducta en apariencia inofensiva sería impune de no ser porque precisamente la existencia del acuerdo previo que entraña el actuar doloso del actor implica que la responsabilidad se predica también de éste que en apariencia no ha adecuado su comportamiento a la ilícita empresa criminal.

Así las cosas, se consideran responsables a título de coautores a los implicados LILIA CAMELO CHÁVEZ, WILLIAM CUBIDES ROJAS y JUDY CONSUELO PINZÓN. Todos ellos de manera conciente y voluntaria acordaron llevar a cabo la conducta que se censura, siendo cada uno de ellos conocedor de la labor que cumplían los demás autores concertadamente y en consecuencia asumiendo de manera libre y voluntaria las repercusiones legales del proceder contrario a derecho de cada uno de los demás participantes, lo anterior, dentro del marco del evidente acuerdo en que se convino solicitar dinero a quien ellos creían era el representante de los vendedores ambulantes. (…)

Artículo 179. ***Ejecutoria de la decisión.*** La decisión final se entenderá notificada en estrados y quedará ejecutoriada a la terminación de la misma, si no fuere recurrida.

Artículo 180. ***Recursos.*** Contra el fallo proferido en audiencia sólo procede el recurso de apelación, que se interpondrá en la misma diligencia y se sustentará verbalmente o por escrito dentro de los dos días siguientes y será decidido dos días después por el respectivo superior. Procede el recurso de reposición cuando el procedimiento sea de única instancia, el cual deberá interponerse y sustentarse una vez se produzca la notificación por estrado, agotado lo cual se decidirá el mismo.

Artículo 181. ***Remisión al procedimiento ordinario.*** Los aspectos no regulados en este procedimiento se regirán por lo dispuesto en el siguiente y por lo señalado en el procedimiento ordinario, siempre y cuando no afecte su naturaleza especial.

CAPITULO II

Procedimiento disciplinario especial ante el Procurador General de la Nación

Artículo 182. ***Procedencia.*** Cuando la conducta por la cual se procede sea alguna de las previstas en el artículo 278, numeral 1, de la Constitución Política, el procedimiento aplicable será el previsto en este capítulo.

Artículo 183. ***Declaración de procedencia.*** Conocida la naturaleza de la falta disciplinaria, el Procurador General de la Nación declarará la procedencia del procedimiento especial y citará a audiencia al servidor público investigado, mediante decisión motivada.

Artículo 184. ***Requisitos de la decisión de citación a audiencia.*** La decisión mediante la cual se cite a audiencia al servidor público deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Breve motivación en la que se expongan los hechos constitutivos de la falta y su tipicidad.

2. Enumeración de las pruebas con fundamento en las cuales se hace la citación a audiencia.

3. Relación de las pruebas que se practicarán en el curso de la audiencia pública.

4. Indicación del lugar, la fecha y la hora en la que se realizará la audiencia.

5. Citación al servidor público para que comparezca a la audiencia, asistido por defensor si así lo quisiere, y para que aporte, o, en su oportunidad solicite las pruebas que pretenda hacer valer en la diligencia.

6. Explicación de las causas que fundamentan la orden de suspensión provisional del cargo del servidor público, si tal medida preventiva fuere procedente, de acuerdo con las normas legales respectivas.

Artículo 185. ***Oportunidad.*** La audiencia se deberá realizar no antes de diez días, contados a partir de la notificación de la decisión que la ordena, ni quince días después. Durante este término el expediente permanecerá en la Secretaría de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, a disposición de los sujetos procesales.

Artículo 186. ***Notificación y declaración de ausencia.*** La decisión que cita a audiencia se notificará personalmente al servidor público investigado, dentro de los dos días siguientes.

Si no se lograre realizar la notificación personal en el término indicado, se fijará edicto por dos días para notificar la providencia. Vencido este término, si no compareciere el investigado, se le designará defensor de oficio, a quien se le notificará la decisión y con quien se continuará el procedimiento, sin perjuicio de que el investigado comparezca o designe defensor. Contra la decisión que cita a audiencia no procede recurso alguno.

Artículo 187. ***Pruebas.*** Hasta el momento de la iniciación de la audiencia pública, el investigado o su defensor, y los demás sujetos procesales podrán solicitar la práctica de las pruebas que pretendieren hacer valer en el curso de la diligencia.

El Procurador General de la Nación resolverá sobre las pruebas solicitadas, en el curso de la audiencia pública.

Artículo 188. ***Celebración de la audiencia.*** Llegados el día y la hora fijados para la celebración de la audiencia pública, por Secretaría se dará lectura a la decisión de citación a audiencia y a la solicitud de pruebas que hubiere presentado cualquiera de los sujetos procesales.

A continuación, el Procurador General de la Nación resolverá sobre las pruebas solicitadas y ordenará la práctica de las que resulten conducentes y pertinentes, así como de las que de oficio estime necesarias.

Si se tratare de pruebas que no pudieren realizarse en el curso de la audiencia, la suspenderá por un lapso no superior a diez días y dispondrá lo necesario para su práctica, con citación del investigado y de los demás sujetos procesales.

Practicadas las pruebas se concederá la palabra, por una sola vez al investigado y a su defensor.

El Procurador General de la Nación podrá solicitar al investigado o a su defensor que limiten su intervención a los asuntos relativos al objeto de la actuación disciplinaria, pero no podrá limitar temporalmente la exposición de los argumentos.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-982/02** de la Corte Constitucional.

> **PROCEDIMIENTO VERBAL** - La exposición de argumentos debe ser conducente y pertinente y atender el objeto de la actuación disciplinaria / **PROCEDIMIENTO VERBAL** - No se puede limitar en el tiempo la exposición de argumentos

Tercera.- Competencia de la Procuraduría General de la Nación.

3.1. La Procuraduría General de la Nación, ejerce el poder disciplinario preferente, de conformidad con el artículo 277 numeral 6 de la Constitución Política, por tanto su conducta debe con mayor razón, salvaguardar los derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso; pues, un funcionario de la Procuraduría que adelante una investigación disciplinaria, desplaza a cualquier juzgador disciplinario, excepto los casos de los funcionarios con fuero especial que constituyen una excepción, también de orden constitucional.

3.2. Como se desprende de los antecedentes legislativos, (Gaceta 474 de diciembre 27 de 2000) la idea de expedir un nuevo Código Disciplinario (hoy ley 734 de 2002), surgió para, modificar el anterior, acoger una serie de decisiones jurisprudenciales, y propender porque principios como la legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, culpabilidad, favorabilidad etc., cobren mayor vigencia, para que así material y formalmente exista un debido proceso disciplinario acorde con la dignidad inherente al ser humano.

La garantía del debido proceso y su observancia es imperativa para la totalidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y ella cobra mayor exigencia en los procesos disciplinarios que se adelantan ante la propia Procuraduría General de la Nación.

Al respecto, la Corte ha señalado que *"en armonía con lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política, según el cual el debido proceso es una garantía que ha de observarse en todos los procesos judiciales o administrativos,* ***es claro para la Corte que en el proceso disciplinario ha de garantizarse el derecho a la defensa unitaria, continua y permanente****, esto es, en todas sus etapas, sin que ello signifique que en cada una de ellas los recursos que para impugnar las providencias se establezcan por el legislador deban ser los mismos, ni tampoco, que para decidir sobre la constitucionalidad de alguno de los artículos del Código Disciplinario, pueda ser considerado aisladamente, pues, como es obvio, de esa manera la interpretación primero y el juicio de constitucionalidad después, pueden resultar equivocados."* (Sentencia C-175 de febrero 14 de 20001 M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra).

3.3. Así las cosas, por expreso mandato constitucional contenido en el artículo 278 de la Carta Política, el Procurador General de la Nación ejerce directamente, entre otras, la función de desvincular del cargo, *previa audiencia y mediante decisión motivada*, al funcionario público que infrinja la Constitución o la ley; derive evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculice las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obre con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

Fue entonces, en desarrollo de este precepto constitucional, que la ley 734 de 2002, en el capitulo II título XI artículos 182 al 191, consagró un procedimiento especial ante la Procuraduría General de la Nación, en razón a la naturaleza de la falta disciplinaria, cuando la conducta a investigar se enmarque dentro de las señaladas constitucionalmente (artículo 278 Constitución Política).

Dentro de este contexto, se analizarán los cargos de la demanda.

Cuarta. Los cargos de la demanda.

4.1. Para la demandante, el hecho de que el legislador prohíba al Ministerio Público limitar en el tiempo la exposición de los argumentos del investigado o su defensor, está permitiendo el abuso del derecho de defensa en detrimento de los principios que rigen la administración, pues según su concepto, el investigado o su defensor pueden usar ese término para tratar asuntos que en nada se relacionan con los hechos investigados.

4.2. Como puede observarse, la actora analiza la expresión demandada aisladamente, sin incluirla dentro del contexto del artículo 188 de la ley 734 de 2002, menos aún en el marco constitucional, pues es claro que el Procurador como director del proceso disciplinario está facultado para solicitar al investigado o a su defensor que limiten su intervención a los asuntos relativos al objeto de la actuación disciplinaria.

Es decir, contrario a lo afirmado por la ciudadana demandante, se está garantizando el derecho de defensa del investigado, al permitirle que exponga sus argumentos sin mas limitación que las estrictamente necesarias para el cauce del proceso, pues finalmente lo que se pretende es llegar a la verdad y en aras de esta búsqueda debe permitírsele a la persona investigada que pueda libremente controvertir las acusaciones que se presenten en su contra, con lo cual se hacen efectivos otros derechos como el acceso a la administración de justicia, la libertad, la igualdad etc.

La Corte en sentencia C-648 de 2001 dijo que:

> “El derecho al debido proceso o debido proceso sustancial se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses de los sujetos procesales. De un lado está el interés de asegurar el derecho de defensa y contradicción del inculpado y garantizar la presunción sobre su inocencia, de otro merecen también tutela los

> derechos o intereses públicos o privados que se ven lesionados por la comisión de los delitos, a la par que es necesario permitir el esclarecimiento de la verdad real. Algunos de los derechos sustanciales tutelados por las normas superiores relativas al debido proceso son prevalentes por su misma naturaleza. Tal el derecho a no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, o el principio de favorabilidad, los cuales no admiten limitaciones. Otros derechos, en cambio, y tal es el caso del derecho de defensa y de contradicción, pueden verse limitados para garantizar intereses legítimos alternos, siempre y cuando su núcleo esencial no resulte desconocido, y las limitaciones establecidas sean razonables y proporcionadas.

En efecto, una posición según la cual no fuera legítimo limitar el derecho de defensa, llevaría a extremos en los cuales se haría imposible adelantar el proceso para llegar al fin último comentado de esclarecer la verdad real, y haría nugatorio el derecho también superior a un debido proceso "sin dilaciones injustificadas" (C.P art. 29). Así por ejemplo, si al incriminado hubiera de oírsele cuantas veces quisiera, o si fuera necesario practicar todo tipo de pruebas sin consideración a su conducencia o pertinencia, el trámite se haría excesivamente dilatado y no se realizaría tampoco el principio de celeridad al que se refiere al artículo 228 superior cuando indica que los términos procesales deben ser observados con diligencia".

Entonces, es claro que el Procurador puede dentro del trámite de la audiencia solicitar a la parte investigada que su intervención sea conducente y pertinente y atienda el objeto de la actuación disciplinaria, pero no podrá limitar su exposición en el tiempo, pues la norma parcialmente acusada lo prohíbe con el objeto de que sea el propio investigado o su defensor quien ejerza su derecho de defensa, siendo está la única oportunidad procesal que tiene para exponer los argumentos que considere pertinentes para el esclarecimiento de la actuación investigada.

4.3. Por último, la Corte acepta que tal como lo señala la ciudadana demandante, tanto en el proceso civil como en el proceso penal, existen diferentes actuaciones que se encuentran limitadas en el tiempo. No obstante lo anterior, la consagración de la prohibición contenida en la norma no afecta la celeridad del proceso disciplinario, pues es función del Procurador proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, y ello significa que en la audiencia especial celebrada ante la Procuraduría, se debe respetar tanto el derecho de defensa de investigado, como el debido proceso sin dilaciones injustificadas.

Por tanto, limitar la exposición de los argumentos del investigado sería coartar la libertad de quien se encuentra inmerso en una actuación disciplinaria, y propender porque la efectividad del derecho de defensa consagrado a nivel Constitucional se vea limitado.

4.4. Así las cosas, no encuentra la Corte cómo el aparte acusado del artículo 188 de la ley 734 de 2002, pueda violar los derechos a la igualdad, la administración de justicia y el debido proceso. Por el contrario, estos derechos se encuentran garantizados, pues

en ningún caso, se permite que la intervención del sujeto investigado se extienda a asuntos no relativos al objeto de la actuación disciplinaria.

Por las consideraciones anteriores, se declarará exequible la *expresión* ***"pero no podrá limitar temporalmente la exposición de sus argumentos",*** contenida en el artículo 188 de la ley 734 de 2002, por no violar artículo alguno de la Constitución.

Terminadas las intervenciones se suspenderá la diligencia, la cual deberá reanudarse en un término no superior a cinco días, con el fin de dar lectura al fallo correspondiente.

En la fecha señalada, instalada la audiencia, por Secretaría se dará lectura al fallo.

Artículo 189. ***Recursos.*** Contra las decisiones adoptadas en audiencia, incluido el fallo, procede el recurso de reposición, que será resuelto en el curso de la misma.

Artículo 190. ***Acta.*** De la actuación adelantada en la audiencia se dejará constancia escrita y sucinta, en acta que suscribirán el Procurador General de la Nación y los sujetos procesales que hubieren intervenido.

Artículo 191. ***Remisión al procedimiento ordinario.*** Los aspectos no regulados en este procedimiento se regirán por lo dispuesto para el procedimiento ordinario, en lo que fuere pertinente.

CAPITULO III

Competencia contra altos dignatarios del Estado

Artículo 192. ***Competencia especial de la Corte Suprema de Justicia.*** Es competente la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, para conocer en única instancia, de acuerdo con las formalidades consagradas en este código, de los procesos disciplinarios que se adelanten en contra del Procurador General de la Nación.

T I T U L O XII

DEL REGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 193. ***Alcance de la función jurisdiccional disciplinaria.*** Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria, se tramitan y resuelven los procesos que, por infracción al régimen disciplinario contenido en el presente estatuto, se adelanten contra quienes ejerzan funciones jurisdiccionales de manera permanente, transitoria u ocasional, excepto quienes tengan fuero especial.

Artículo 194. ***Titularidad de la acción disciplinaria.*** La acción disciplinaria contra los funcionarios judiciales corresponde al Estado y se ejerce por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y por las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales.

Artículo 195. ***Integración normativa.*** En la aplicación del régimen disciplinario para los funcionarios judiciales prevalecerán los principios rectores de la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las normas aquí contenidas y las consagradas en el Código Penal y de Procedimiento Penal.

CAPITULO SEGUNDO

Faltas Disciplinarias

Artículo 196. ***Falta disciplinaria.*** Constituye falta disciplinaria y da lugar a acción e imposición de la sanción correspondiente el incumplimiento de los deberes y prohibiciones, la incursión en las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses previstos en la Constitución, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y demás leyes. Constituyen faltas gravísimas las contempladas en este código.

CAPITULO TERCERO

Sujetos procesales

Artículo 197. ***Sujetos procesales.*** Son sujetos procesales, el disciplinado, su defensor y el Ministerio Público.

CAPITULO CUARTO

Impedimentos y recusaciones

Artículo 198. ***Decisión sobre impedimentos y recusaciones.*** En la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales, los impedimentos y recusaciones serán resueltos de plano por los demás integrantes de la Sala y si fuere necesario se sortearán conjueces. En las salas disciplinarias duales de los Consejos Seccionales los impedimentos y recusaciones de uno de sus miembros serán resueltos por el otro magistrado, junto con el conjuez o conjueces a que hubiere lugar.

CAPITULO QUINTO

Providencias

Artículo 199. ***Funcionario competente para proferir las providencias*****.** Los autos interlocutorios y las sentencias serán dictados por la Sala, y los autos de sustanciación por el Magistrado Sustanciador.

Artículo 200. ***Términos.*** Los autos de sustanciación se dictarán dentro del término de cinco (5) días. El Magistrado Ponente dispondrá de treinta (30) días para registrar proyecto de sentencia y la Sala de veinte (20) para proferirla. Para decisiones interlocutorias los términos se reducen a la mitad.

CAPITULO SEXTO

Notificaciones y ejecutoria

Artículo 201. ***Notificaciones.*** Se notificarán por estado los autos susceptibles de recursos y por edicto la sentencia.

Se notificarán personalmente al disciplinado y/o su defensor el pliego de cargos y la sentencia. Si no fuere posible la notificación personal del pliego de cargos al investigado, vencidos los términos previstos en esta ley, se le designará defensor de oficio con quien se surtirá la notificación y continuará el trámite de la actuación.

Parágrafo. Podrán ser designados defensores de oficio los miembros de los consultorios jurídicos a que se refiere el artículo 1° de la Ley 583 de 2000 y/o defensores públicos.

Al Ministerio Público se notificarán personalmente las providencias susceptibles de recursos; trámite que se entenderá agotado tres (3) días después de ponerse el expediente a su disposición, si no se surte con anterioridad.

Artículo 202. ***Comunicación al quejoso.*** Del auto de archivo definitivo y de la sentencia absolutoria se enterará al quejoso mediante comunicación acompañada de copia de la decisión que se remitirá a la dirección registrada en el expediente al día siguiente del pronunciamiento, para su eventual impugnación de conformidad con lo establecido en esta normatividad. Si fueren varios los quejosos se informará al que primero haya formulado la denuncia o quien aparezca encabezándola.

Artículo 203. ***Notificación por funcionario comisionado.*** En los casos en que la notificación personal deba realizarse en sede diferente del competente, la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales podrán comisionar a cualquier otro funcionario o servidor público con autoridad en el lugar donde se encuentre el investigado o su defensor.

Artículo 204. ***Notificación por edicto.*** Cuando no haya sido posible notificar personalmente al imputado o a su defensor dentro de los cinco (5) días siguientes al envío de la comunicación, la sentencia se notificará por edicto.

Artículo 205. ***Ejecutoria.*** La sentencia de única instancia dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y las que resuelvan los recursos de apelación, de queja, la consulta, y aquellas no susceptibles de recurso, quedarán ejecutoriadas al momento de su suscripción.

Artículo 206. ***Notificación de las decisiones.*** La sentencia dictada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y la providencia que resuelva los recursos de apelación y de queja, y la consulta se notificarán sin perjuicio de su ejecutoria inmediata.

Jurisprudencia: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Ejecutoriedad de providencias y notificación de las decisiones

a) Cargos de la demanda

El ciudadano ISAZA SERRANO sostiene que los preceptos en tela de juicio violan el artículo 209 de la Constitución Política, porque no garantizan el principio de publicidad a que tienen derecho los disciplinados, ya que al consagrar que las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja y aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, quedan en firme el día en que sean suscritas por el funcionario competente se permite la ejecución de una decisión a espaldas de los funcionarios procesados.

b) Problema jurídico

El problema jurídico planteado, se circunscribe a resolver el siguiente interrogante ¿Vulnera el principio de publicidad de la función pública que las decisiones que resuelvan los recursos de apelación y queja y aquellas contra las cuales no procede recurso alguno, queden en firme el día en que sean suscritas por el funcionario competente?

(…)

e) Consideraciones de la Corte.

A pesar de que el actor demandó conjuntamente el inciso segundo del art. 119 de la Ley 734 de 2002 y la expresión *sin perjuicio de su ejecutoria inmediata*, que figura en el art. 206 de la misma ley, estima la Corte que es necesario realizar un análisis individual de cada disposición debido a que mientras que la primera se ubica en el régimen procesal disciplinario ordinario; la segunda, por el contrario, se localiza en el régimen de los funcionarios de la rama judicial.

(…)

2. Examen de constitucionalidad del art. 206 parcial de la Ley 734 de 2002.

El supuesto de hecho descrito en el art. 206 de la Ley 734 de 2002, aplicable al régimen sancionatorio de los funcionarios de la rama judicial es diferente al que aparece regulado en el inciso segundo del art. 119 de la misma ley. En efecto, en este caso, en aras a garantizar el principio de publicidad, el legislador dispuso la notificación de las providencias, mediante las cuales se resuelvan los recursos de apelación y queja por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, antes de su ejecutoria. De allí que la expresión demandada no ofrezca ningún reparo de constitucionalidad.

Así las cosas, la Corte declarará exequible la expresión *sin perjuicio de su ejecutoria inmediata*, que figura en el art. 206 de la Ley 734 de 2002.

CAPITULO SEPTIMO

Recursos y consulta

Artículo 207. ***Clases de recursos.*** Contra las providencias proferidas en el trámite disciplinario proceden los recursos a que se refiere este Código. Además, procederá la apelación contra el auto de archivo definitivo y el auto que niega las pruebas.

Artículo 208. ***Consulta.*** Las sentencias u otras providencias que pongan fin de manera definitiva a los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia los Consejos Seccionales de la Judicatura y no fueren apeladas, serán consultadas con el superior solo en lo desfavorable a los procesados.

CAPITULO OCTAVO

Pruebas

Artículo 209. ***Práctica de pruebas por comisionado.*** Para la práctica de pruebas los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Seccionales podrán comisionar dentro de su sede a sus abogados asistentes, y fuera de ella a funcionarios judiciales de igual o inferior categoría.

Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, podrán comisionar a sus abogados asistentes y a cualquier funcionario judicial del país para la práctica de pruebas.

CAPITULO NOVENO

Investigación disciplinaria

Artículo 210. ***Archivo definitivo.*** El archivo definitivo de la actuación disciplinaria procederá en cualquier etapa cuando se establezcan plenamente los presupuestos enunciados en el presente Código.

Artículo 211. ***Término.*** La investigación disciplinaria contra funcionarios de la Rama Judicial se adelantará dentro del término de seis (6) meses, prorrogable a tres (3) más cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o se trate de dos o más inculpados.

Artículo 212. ***Suspensión provisional.*** La suspensión provisional a que se refiere este Código, en relación con los funcionarios judiciales será ordenada por la Sala respectiva.

Artículo 213. ***Reintegro del suspendido.*** Quien hubiere sido suspendido provisionalmente será reintegrado a su cargo y tendrá derecho a la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con archivo definitivo o se produzca fallo absolutorio, o cuando expire el término de suspensión sin que hubiere concluido la investigación, ~~salvo que esta circunstancia haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o de su defensor~~. Si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicada provisionalmente, tendrá derecho a percibir la diferencia.

Jurisprudencia: El texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE, por los cargos analizados, en sentencia **C-1076/02** de la Corte Constitucional. Los apartes pertinentes se encuentran en seguida del artículo 158.

CAPITULO DÉCIMO

Procedimiento verbal

Artículo 214. ***Aplicación del procedimiento verbal*.** El procedimiento especial establecido en este Código procede de conformidad con la competencia de las Salas Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales. Lo adelantará el Magistrado Sustanciador en audiencia hasta agotar la fase probatoria. Dentro de los cinco (5) días siguientes registrará el proyecto de fallo que será dictado por la Sala en el término de ocho (8) días. Contra el anterior fallo procede el recurso de apelación.

Los términos señalados en el procedimiento ordinario para la segunda instancia, en el verbal, se reducirán a la mitad.

Artículo 215. En el desarrollo de la audiencia se podrán utilizar medios técnicos y se levantará un acta sucinta de lo sucedido en ella. Los sujetos procesales podrán presentar por escrito en la misma diligencia un resumen de sus alegaciones.

CAPITULO UNDÉCIMO

Régimen de los conjueces y jueces de paz

Artículo 216. ***Competencia.*** Corresponde exclusivamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Seccionales de la Judicatura juzgar disciplinariamente, en primera instancia, a los Jueces de Paz.

Corresponde exclusivamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en única instancia, el conocimiento de los asuntos disciplinarios contra los Conjueces que actúan ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo y Consejos Seccionales de la Judicatura.

Artículo 217. ***Deberes, prohibiciones, inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses.*** El régimen disciplinario para los Conjueces en la Rama Judicial comprende el catálogo de deberes y prohibiciones previstas en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en cuanto resulten compatibles con la función respecto del caso en que deban actuar, y el de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses previstos en dicha ley y en las demás disposiciones que los regulen.

Artículo 218. ***Faltas gravísimas.*** El catálogo de faltas gravísimas imputables a los Conjueces es el señalado en esta ley, en cuanto resulte compatible con la función respecto del caso en que deban actuar.

Artículo 219. ***Faltas graves y leves, sanciones y criterios para graduarlas.*** Para la determinación de la gravedad de la falta respecto de los conjueces se aplicará esta ley, y las sanciones y criterios para graduarlas serán los establecidos en el presente Código.

CAPITULO DUODÉCIMO

Ejecución y registro de las sanciones

Artículo 220. ***Comunicaciones.*** Ejecutoriada la sentencia sancionatoria, se comunicará por la Sala de primera o única instancia, según el caso, a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, a la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y al nominador del funcionario sancionado.

Artículo 221. ***Ejecución de las sanciones.*** Las sanciones a los funcionarios judiciales se ejecutarán en la forma prevista en este Código. Las multas serán impuestas a favor del Consejo Superior de la Judicatura. Igual destino tendrán las sanciones impuestas por quejas temerarias a que refiere esta normatividad.

Artículo 222. ***Remisión al procedimiento ordinario.*** Los aspectos no regulados en este Título, se regirán por lo dispuesto para el procedimiento ordinario y verbal según el caso, consagrados en este Código.

TRANSITORIEDAD Y VIGENCIA

Artículo 223. ***Transitoriedad.*** Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior.

Artículo 224. ***Vigencia.*** La presente ley regirá tres meses después de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública.

REPUBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 5 de febrero de 2002