

LECCIONES DE DERECHO DISCIPLINARIO VOLUMEN II

**OBRA
COLECTIVA**



Instituto
de Estudios
del Ministerio
Público



Instituto de Estudios del Ministerio Público

Coordinación editorial:

JOSÉ PATROCINIO CASTAÑEDA

Portada:

HERNÁN H. HUERTAS

Diagramación e impresión:

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

Prohibida la reproducción total o parcial
de la obra, a través de fotocopiado,
escáner o cualquier otro sistema
mecánico y/o electrónico.

ISBN: 978-958-8295-35-0

© Procuraduría General de la Nación

Julio de 2007

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

DIRECTORA INSTITUTO DE ESTUDIOS
DEL MINISTERIO PÚBLICO
ELSA BARÓN DE RAYO

CONTENIDO

	Págs.
PRESENTACIÓN	15
 LIBRO PRIMERO PARTE GENERAL 	
DE LAS TENDENCIAS Y PROYECCIONES DEL DERECHO DISCIPLINARIO AL AMPARO DE SUS PRINCIPIOS RECTORES... <i>Diomedes Yate Chinome</i>	19
1. Del Principio que enseña que el Estado es el titular de la potestad disciplinaria. Artículo 1° de la Ley 734 de 2002	19
2. La Potestad Sancionadora del Estado y su ámbito en el derecho disciplinario	23
3. La Potestad Disciplinaria de la cual es titular el Estado y su relación con la categoría dogmática superior de orden Constitucional de la “Relación Especial de Sujeción”	24
4. La Potestad Disciplinaria y la Norma Subjetiva de Determinación. ...	27
5. La Potestad Disciplinaria y su Relación con la Ética y la Moral.....	32
LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS Y SUS REPERCUSIONES SOCIALES	37
<i>Gladis Aidé Botero Gómez, Gloria Cecilia Niebles Álvarez, Sandra Paz Zúñiga, Adriana Cecilia Martínez González, Sandra María Rojas Manrique y Carlos Mario Diossa Pérez</i>	
Introducción	37
1. La sociedad y la justicia disciplinaria (de por qué se acude ante los organismos de control disciplinario)	38

	Págs.
2. Finalidades de la acción disciplinaria (importancia como mecanismo de autotutela estatal).....	39
3. Decisiones absolutorias y su importancia (también hay justicia disciplinaria cuando se absuelve)	40
4. Decisiones sancionatorias y su importancia (el aspecto positivo de la sanción que se impone)	41
5. La búsqueda de la verdad como fin primordial del proceso disciplinario.	45
6. Conclusiones.....	46

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS EN COLOMBIA (Ley 734 de 2002, artículo 18) **49**
Luz Elena Valdez Palacios, Aristócles Cárcamo Calderón, Alberto Tirado González, Fredy Osorio Patiño y Ómar Muñetón Vasco

Introducción	49
1. El advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, el principio de proporcionalidad y la sanción disciplinaria	51
1.1. Consideración preliminar.....	51
1.1.1. Derechos fundamentales y Estado Social de Derecho.....	51
1.1.2. El Estado Social y Estado Liberal.....	54
1.2. El principio de proporcionalidad	56
1.2.1. Regulación normativa	56
1.2.2. Lo que dice la doctrina acerca del principio de proporcionalidad.....	57
1.2.3. Principio de proporcionalidad y Corte Constitucional.....	60
1.3. Derecho Disciplinario y Sanción Disciplinaria	68
1.4. El principio de proporcionalidad como límite de la sanción disciplinaria	69
2. A modo de recomendación.....	70
3. A modo de conclusión.....	71

JURISPRUDENCIA DISCIPLINARIA. ESTUDIO INTEGRADO Y SISTEMÁTICO DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL **75**
Fernando Brito Ruiz

Introducción	75
1. De la metodología seguida.....	76
2. Pronunciamientos jurisprudenciales	78

	Págs.
2.1. Potestad disciplinaria del Estado	78
2.2. La función administrativa	79
2.3. Características del régimen disciplinario	80
2.4. Diferencias entre el derecho penal y el disciplinario	85
2.5. Principios del derecho disciplinario	89
2.5.1. <i>In dubio pro disciplinado</i>	89
2.5.2. <i>No reformatio in pejus</i>	89
2.5.3. Control disciplinario interno y externo	90
2.5.4. Poder preferente	92
2.6. Destinatarios de la ley disciplinaria	93
2.6.1. Empleados públicos	93
2.6.2. Trabajadores oficiales	93
2.6.3. Trabajadores del Banco de la República	93
2.6.4. Diputados de las asambleas departamentales	94
2.6.5. Funcionarios y empleados judiciales	94
2.6.6. Particulares que desempeñan funciones públicas	96
2.7. Fuerza Pública	100
2.7.1. Régimen disciplinario especial para los miembros de la Fuerza Pública ..	100
2.7.2. El fuero militar no implica fuero disciplinario	101
2.8. Fuero disciplinario	104
2.8.1. De los magistrados de las altas cortes y de otros funcionarios	104
2.8.2. Fuero disciplinario de los congresistas	105
2.8.3. Fuero disciplinario del Fiscal General de la Nación	106
2.9. Personas no sujetas al régimen disciplinario	107
2.10. Debido proceso	107
2.10.1. Principio de legalidad	107
2.10.2. Principio de tipicidad	108
2.10.3. Tipicidad de las faltas y las sanciones	109
2.10.4. Principio del <i>non bis in ídem</i>	109
2.10.5. Alegatos de conclusión	110
2.11. Derechos del investigado	111
2.12. Intervinientes en el proceso disciplinario	111
2.13. Reserva de la investigación	113
2.14. La suspensión provisional	113
2.15. Término para adelantar la indagación preliminar	116
2.16. La falta disciplinaria está relacionada con el cumplimiento de la función	117
2.17. La graduación de la sanción en materia disciplinaria	118
2.18. La sanción disciplinaria no puede incorporar pena de arresto	119
2.19. Comisión de falta ligada a una conducta delictiva	120
2.20. Las decisiones disciplinarias de los funcionarios de la Rama Judicial se resuelven mediante sentencia	121

	Págs.
3. Corte Constitucional. Reseña de sentencias de constitucionalidad sobre Régimen Disciplinario. Años 1992 a 2005	123
4. Jurisprudencia Consultada. Sentencias Corte Constitucional.....	131

LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA CON ÉNFASIS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.....	135
<i>Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Mario Roberto Molano López</i>	

Introducción	135
1. El concepto y alcance de la comisión por omisión, de cara al ejercicio de la función administrativa del Estado	137
2. Premisas de la comisión por omisión en los sistemas de organización administrativa.....	145
3. Caso específico de la delegación como fuente de la comisión por omisión	162
4. Premisas básicas de tratamiento de la comisión por omisión en la actividad contractual de la Administración	171
5. Conclusiones.....	177

LA TIPIFICACIÓN DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL.....	183
<i>María Cecilia M'Causland</i>	

1. Faltas gravísimas (artículo 48 de la Ley 734 de 2002)	184
2. Faltas graves y leves	219

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LA FUERZA PÚBLICA. ESPECIALES CONSIDERACIONES DE LA NUEVA LEY DISCIPLINARIA DE LA POLICÍA NACIONAL	221
<i>Alberto Espinosa Bolaños</i>	

1. La organización política como fundamento de la imputación disciplinaria tanto en el régimen general como en el especial.....	221
---	-----

	Págs.
2. Los regímenes disciplinarios especiales de la Fuerza Pública.....	223
3. Las relaciones especialmente intensificadas de sujeción entre los miembros de la Fuerza Pública y el Estado.....	225
4. Algunos aspectos puntuales sobre el nuevo régimen disciplinario de la Policía Nacional. Ley 1015 de 2006	233

EL CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO Y SU APLICABILIDAD EN MATERIA AMBIENTAL..... 237
Jorge Enrique Martínez Bautista

Introducción.....	237
1. Marco constitucional.....	240
2. Marco legal	242
3. Consideraciones generales	248
4. Aspectos disciplinarios.....	249

RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN EN EL REGIMEN DISCIPLINARIO APLICABLE A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD 267
*Martha Lucía Bustamante Sierra, Claudia Patricia Vallejo Aven-
daño, Beatriz Elena García Estrada, Rocío Amparo Arteaga Villa
y Faustino Álvarez Esquea*

Introducción.....	262
1. Relaciones especiales de sujeción en el Sistema Penitenciario y Carcelario	269
2. De las relaciones especiales de sujeción en el ámbito de los centros carcelarios y penitenciarios: origen y evolución.....	272
3. Derecho disciplinario aplicable a los internos: un especial régimen ju- rídico.....	276
4. Régimen interno.....	279
5. Fundamentos de la falta disciplinaria y la sanción	280
6. Las relaciones especiales de sujeción y los derechos fundamentales de los internos	284
7. Derecho disciplinario de los internos y los principios fundamentales de legalidad, taxatividad, culpabilidad, antijuridicidad y debido pro- ceso.....	288
7.1. Debido proceso	288
7.2. Principio de legalidad	291
7.3. Principio de taxatividad	293
7.4. Principio de antijuridicidad.....	294

	Págs.
7.5. Principio de culpabilidad	294
8. Observaciones al reglamento de régimen disciplinario de los internos..	295
9. Conclusiones.....	296
10. Recomendaciones	298

LIBRO TERCERO PROCESAL DISCIPLINARIO

PODERES CORRECCIONALES DEL JUEZ Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DISCIPLINARIO..... 303

*Ruth Miriam Escobar, Óscar Lozano, Carlos Loaiza, Jorge Zuluagay
Efraín Aponte*

Introducción	303
1. ¿Poderes correccionales del juez. Aplicación en el ámbito del derecho disciplinario.....	305
1.1. Origen	305
1.2. Definición	306
1.3. Destinatarios	306
1.4. Titulares de los poderes disciplinarios correccionales.....	307
2. Naturaleza jurídica del Derecho Correccional.....	310
3. De los poderes correccionales en general y su aplicación por el funcionario que ostenta la potestad disciplinaria.....	313
4. De los poderes correccionales en particular.....	314
4.1. El incumplimiento de las órdenes impartidas por el juez	314
4.2. La falta de respeto hacia el juez.....	316
4.3. La devolución de escritos irrespetuosos	317
4.4. El comportamiento indebido en audiencias y diligencias	319
4.5. Obstaculización por parte del empleador al cumplimiento de citaciones hechas por el juez al empleado.....	321
4.6. Otros poderes correccionales en el ámbito procesal penal	322
5. Los poderes correccionales de la ley disciplinaria.....	322
5.1. Queja temeraria.....	322
5.2. Sanción correccional al testigo renuente.....	325
6. Conclusiones.....	327

EL PROCEDIMIENTO VERBAL..... 331 *Jesualdo Villero Payares*

	Págs.
1. Eventos en que se debe adelantar el procedimiento verbal.....	331
2. Competencia para su aplicación.....	333
3. Del procedimiento.....	334
4. Conclusiones.....	341

DOCE PREGUNTAS Y SUS RESPUESTAS ACERCA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL..... 345

Esiquio Manuel Sánchez Herrera

1. ¿En qué consiste el instituto de la suspensión provisional?.....	345
2. ¿Cuáles son las características de la suspensión provisional?	346
3. ¿Cuáles son los requisitos formales para la procedencia de la suspensión provisional?	354
4. ¿Cuáles son los requisitos sustanciales para que opere la medida?	354
5. ¿Se puede suspender a un particular que cumple funciones públicas?	355
6. ¿En qué etapa del proceso ordinario se ordena la suspensión provisional?	355
7. ¿Cuándo procede la suspensión provisional en el proceso verbal?	355
8. ¿Se puede suspender provisionalmente al investigado en el fallo de primera o única instancia, a pesar de que antes en ese mismo proceso no hubiera sido suspendido?	356
9. ¿Cuándo se comunica y cuándo se notifica la suspensión provisional?	356
10. ¿La prórroga del término de suspensión es consultable o se puede impugnar mediante la reposición?	357
11. ¿Si el investigado viene suspendido y el fallo que se profiere es absoluto, procede la prórroga del término de la suspensión?.....	357
12. ¿Qué se entiende por “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”?	357

Presentación

Con este segundo volumen proseguimos la labor de profundizar en los estudios especializados sobre Derecho Disciplinario.

En esta oportunidad colaboran servidores de la Procuraduría General de la Nación, bien del nivel directivo o del nivel profesional. Se sigue así la línea sentada en la primera publicación.

Igualmente, los temas tratados en su mayoría son fruto de los tópicos escogidos en el ámbito de las reuniones quincenales que se realizan entre el Procurador General, Viceprocurador General y operadores del derecho disciplinario del nivel directivo de la entidad, cuyo fin tiene el de estudiar más a fondo los problemas teóricos más acuciantes para el desarrollo de la labor misional, como también el de buscar consensos en torno a las diversas interpretaciones que puedan ofrecer las instituciones jurídico-disciplinarias, siempre conservando que la opinión emitida en los diversos estudios es personal y no compromete la posición institucional de la Procuraduría General de la Nación.

No obstante, lo novedoso aparece en las publicaciones de estudios colectivos realizados por servidores de la entidad, en el marco de la Especialización en Derecho Disciplinario que lleva a cabo la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Procuraduría General. De allí que, entonces, el mérito que tenga este trabajo colectivo resulta imputable a las dos instituciones mencionadas.

Prosiguen en la labor de Coordinadores Académicos los doctores CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU y ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA.

EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN
Procurador General de la Nación



LIBRO PRIMERO

PARTE GENERAL

De las tendencias y proyecciones del derecho disciplinario al amparo de sus principios rectores

Por DIOMEDES YATE CHINOME¹

El artículo que aborda el lector hace parte del capítulo segundo de un trabajo que pacientemente he venido desarrollando y que aspiro presentar muy pronto, con el que pretendo hacer un aporte, en la tarea de comprensión y entendimiento del desarrollo dogmático de las distintas categorías, especificidades, o características con las que hoy cuenta el Derecho Disciplinario. Trabajo que vengo desarrollando al amparo de sus principios rectores. De ahí que nos refiramos en esta publicación solamente al previsto en el artículo 1° de la Ley 734 de 2002.

1. Del Principio que enseña que el Estado es el titular de la potestad disciplinaria. Artículo 1° Ley 734 de 2002.

El derecho disciplinario unificado hoy en la Ley 734 de 2002 se erige y “reconoce como una especie del derecho sancionatorio y por lo tanto un campo jurídico en el que se hacen exigibles las garantías sustanciales y procesales

¹ Abogado asesor Procuraduría Primera Delegada Vigilancia Administrativa. Especialista en Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia.

a favor de la persona investigada; el respeto de los derechos fundamentales del individuo y los límites a la potestad sancionadora del Estado”².

Surge así una elemental pregunta: ¿Qué se entiende por potestad General sancionadora del Estado?

La potestad en su sentido gramatical y lógico es entendida como el dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre otros; se trata de una ascendencia en orden a sujetar el comportamiento de las personas.

Sancionatorio, enseña el Diccionario de la Real Academia Española, es un adjetivo, “perteneciente o relativo a la sanción”.

Ahora bien, la potestad sancionadora en el ámbito o contexto de la ley o del derecho nuestro debe entenderse como el poder o facultad que le asiste al Estado para establecer atribuciones o competencias institucionalizadas en el ordenamiento constitucional, las que radica conforme a la estructura orgánica general en cada una de las ramas del poder público, de los organismos de control y en particular de las diferentes entidades del orden nacional, departamental o municipal, ya descentralizadas, ora desconcentradas o de las que en virtud del principio de colaboración, contribuyen de igual manera en la consecución de los fines esenciales del Estado, previstos en el preámbulo de nuestra Constitución, así como en el artículo 2º ídem. Potestad sancionadora que se justifica en la medida en que contribuya además con la realización de los fines del Estado; la preservación del orden jurídico interno; la protección y defensa de los derechos Constitucionales y el patrimonio del Estado. (...) 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”³.

“García de Enterría y Fernández, sobre el concepto de potestad sostienen que ella “no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento. (...) En segundo término, no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas. (...) En fin, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino

² Edgardo José Maya Villazón. En el acto de sanción del Nuevo Código Disciplinario Único.

³ Corte Constitucional – Sentencia T-146 de 1993.

una simple sujeción o sometimiento a otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica, los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad”⁴.

Así se refiere la Corte Constitucional al tema:

“(…) La potestad sancionadora como potestad propia de la Administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues (...) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la Administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos”⁵.

“(…) Visto que los servidores públicos son responsables ante la ley, no solo por quebrantarla, sino por omisión o extralimitación en el 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”⁶.

En el campo del derecho disciplinario, que el Estado sea el titular de la potestad disciplinaria, significa ello que “(…) el derecho sancionador de la Administración se concreta en la facultad que se les atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios. Con esta potestad disciplinaria se busca particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”⁷.

De lo anterior se desprenden dos particulares situaciones:

1.1. Que conforme a la potestad sancionadora del Estado, éste “sujeta” con la amenaza de una sanción, al contenido de la Ley disciplinaria, a quienes son destinatarios de la misma. El artículo 25 de la mencionada Ley, esto es la 734 de 2002, en lectura armónica con el 50 ídem, nos enseña quiénes son ellos:

⁴ Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos. Óscar Humberto Marmolejo Espitia. Ed. Leyer.

⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-214 del 28 de abril de 1994 - M.P. Antonio Barrera Carbonell. También sentencia C-827 del 8 de agosto de 2001 - M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶ Corte Constitucional – Sentencia C-948 de 2002.

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-818 de 2005.

- a. Servidores públicos aun en retiro del servicio;
- b. Particulares tales como: los que ejercen función pública y solamente en relación con esa función⁸, como sería el caso de jueces de arbitramento, de los conciliadores, de los jurados en causas criminales, de jueces de paz, de quienes ejercen como jurado electoral, gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones creadas por el Estado y con su participación mayoritaria⁹, así como los notarios;
- c. Los interventores de los contratos estatales¹⁰;
- d. Servidores que presten servicios públicos, a cargo del Estado, tales como salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Ello conforme a lectura armónica y sistemática de los artículos 53 de la Ley 734 de 2002 e inciso 1º del artículo 366 Superior o Constitucional¹¹;
- e. Los indígenas que administren recursos del Estado¹²;
- f. Los que administren recursos estatales, salvo las empresas de economía mixta que se rigen por el derecho privado.

⁸ En sentencia C-037 de 2003, la Corte Constitucional explica qué entender por “Función Pública” para efectos de determinar cuando un particular es sujeto del derecho disciplinario, por la vía del desempeño de funciones públicas, en lo que a ello concierne. También en concepto C-019 de 2003 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

⁹ Tema a profundizar en Sentencia – Corte Constitucional C-127 de 2003 – M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰ En relación con la expresión “que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales” que consagra el artículo 53 de la ley 734 de 2002, la Corte Constitucional valiéndose de sentencia C-037 de 2003 declaró ajustado su contenido a la Carta Política. Sin embargo, todavía se adolece de la falta de un mayor y mejor desarrollo jurisprudencial y doctrinal que delimite o desarrolle el alcance de esta forma de responsabilidad disciplinaria. Sin embargo, ha de decirse en gracia de discusión, que no toda interventoría ejercida por un particular referida a un contrato estatal, se enmarca en la esfera del cumplimiento de función pública; será necesario tener en cuenta la naturaleza del objeto contractual, para desentrañar a partir de allí, si la interventoría a desarrollar por el particular conlleva ejercicio de función pública, como sería por ejemplo en los contratos de obras públicas.

¹¹ Sobre el particular la Corte Constitucional valiéndose de la Sentencia C-037 de 2003, declaró ajustado a la Constitución Política la expresión “presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, bajo el entendido de que”(…) el particular que preste un servicio público sólo 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”.

¹² Ídem, 10.

1.2 Que todo servidor y particular debe tener claro en primer lugar, que el ejercicio de funciones públicas se desenvuelve, se desarrolla, se materializa con total apego a las orientaciones de índole filosófica reconocidas por la Carta Política, que se encarnan en cada principio de orden Constitucional a saber: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, conforme al artículo 209 superior; y en segundo lugar, que todo servidor o particular que asuma el ejercicio de funciones públicas es el garante de que ello efectivamente se cumpla; en consecuencia, el desempeño del empleo, del cargo o la función tiene que hacerse cumpliendo los deberes, respetando las prohibiciones, entendiendo que él está sometido a un régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos, y conflictos de interés establecido en la Constitución y en las Leyes; solamente así se garantizará el ejercicio de la función pública, entendiendo que si el servidor público o particular que la ejerce se aparta de tan claro mandato, sobrevendrá la sanción como reproche de la conducta desplegada, constitutiva de falta disciplinaria.

2. La Potestad Sancionadora del Estado y su ámbito en el derecho disciplinario

Ha sostenido de manera reiterada la Corte Constitucional “que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, es una disciplina compleja que envuelve como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies punitivas del Estado corresponden al denominado derecho administrativo sancionador”¹³.

Ello en la práctica y para los fines académicos qué comporta:

- 2.1 Que hoy no puede haber duda alguna en el sentido de que el derecho disciplinario es una de las especies a la cual como género pertenece la potestad sancionadora del Estado; así lo ha desarrollado en su jurisprudencia la Corte Constitucional.
- 2.2 Que como especie que es la potestad disciplinaria, si bien goza de elementos comunes a los regímenes sancionadores como el del derecho penal, contravencional y correccional, también es cierto

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005 – M. P. Rodrigo Escobar Gil. También, Sentencias C-214 de 1994; C-948 de 2002; C-406 de 2004.

que cuanta hoy con sus propias características, especificidades y categorías, por lo que su estudio exige tratamientos diferenciales respecto de los otros regímenes. Características, especificidades y categorías a las que se hará expresa referencia en este estudio.

- 2.3 Que las decisiones que se toman a manera de conclusión o juicio, como resultado del ejercicio de la acción disciplinaria, esto es, los fallos sancionatorios en firme que agoten la vía gubernativa, pueden ser demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo que, impone especialmente a jueces disciplinarios, blindar sus decisiones, lo cual se consigue construyendo en cada caso en particular la norma jurídica perfectamente aplicable al caso sometido a su consideración, con total apego al contenido normativo de cada principio rector de la Ley disciplinaria; solo así, prevalecerá la justicia, se efectivizará el derecho sustantivo y se encontrará la verdad material. En otras palabras, se realizará la justicia material. No puede olvidarse que el juez disciplinario, es sujeto de la potestad sancionadora del Estado, al cual como género pertenece la disciplinaria, como quiera que el artículo 228 de la Carta Política expresamente consagró que “la administración de justicia es función pública”: Ay de aquellas decisiones producto de odios, pasiones, malquerencias, arrogancias y soberbias.
- 2.4 Que conforme a las tendencias del derecho disciplinario y sus proyecciones, hoy de igual manera no puede haber duda alguna en el sentido de que entre el derecho penal y aquel existen claras diferencias¹⁴. Ello obliga a su estudio y comprensión en la medida en que es la propia Corte Constitucional la que le ha venido dando ese desarrollo y lo propio ha hecho la Procuraduría General de la Nación, lo que se evidencia en cada uno de sus fallos decisorios.
- 2.5 Resulta común y frecuente observar cómo de manera infructuosa los abogados defensores que intervienen en la actuación disciplinaria, se “desgarran las vestiduras” tratando de desvirtuar los cargos formulados a sus defendidos, sobre la base de que la conducta enjuiciada no puede originar responsabilidad disciplinaria como quiera que no hay presencia de un resultado o daño material que

¹⁴ Tema tratado en “Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario”, cuyo autor es el Dr. Esiquio Manuel Sánchez Herrera. Instituto de Estudios de la Procuraduría General de la Nación, Colección Derecho Disciplinario No. 13, Páginas 21 a 28.

afecte la función pública. Cuando es precisamente, sobre la base del desarrollo jurisprudencial que de la teoría de la ilicitud sustancial, como presupuesto de la responsabilidad disciplinaria, que le ha venido dando la Corte Constitucional a esta Categoría, que se han marcado claras diferencias entre el derecho penal y el derecho disciplinario. Sobre ello volveremos más adelante.

3. La Potestad Disciplinaria de la cual es titular el Estado y su relación con la categoría dogmática superior de orden Constitucional de la “Relación Especial de Sujeción”

La potestad disciplinaria del Estado, tal como se ha dicho, se concreta en el poder o facultad de sancionar a sus propios funcionarios, con ello se busca garantizar el cumplimiento de los fines estatales y el normal ejercicio de la función pública, es lo que se conoce como mecanismo de autocontrol o autotutela; esa posibilidad de sanción surge además en el ámbito de la Relación Especial de Sujeción, de ahí que conciba la relación causa-efecto entre la potestad disciplinaria como especie y la Relación Especial de Sujeción¹⁵, a la cual nos referimos como sigue.

En la propensión de concebir el derecho disciplinario como una ciencia del ordenamiento jurídico colombiano autónomo e independiente, con sus propias especificidades y cualidades, la “Relación Especial de Sujeción”, como categoría dogmática de origen y desarrollo constitucional, se erige como bastión de esa calificación.

Como categoría, impone entenderla básicamente como una cualidad que se atribuye al derecho disciplinario; dogmática, en la medida en que su justificación, su sentido y su alcance se ha desentrañado con base en el método de interpretación de la norma jurídica conocido como “Dogmático”, lo que sin duda le otorga una valoración construida sobre criterios objetivos de racionalidad; superior de orden Constitucional porque es precisamente allí en la jurisdicción de la Corte Constitucional, y en la tarea de guardar la integridad y supremacía de la Constitución en donde se ha venido dando su génesis y su desarrollo, sobre los mencionados criterios objetivos de racionalidad, como lo explica clara, detenida y profundamente el Dr. Gómez Pavajeau, en

¹⁵ En uno de los apartes de la Sentencia Constitucional C-214 de 1994, en la que se pronuncia esa corporación sobre la potestad disciplinaria, se lee: “Ahora bien, en el terreno del derecho disciplinario estricto, esta finalidad se concreta en la posibilidad que tiene la Administración Pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción...”.

su obra “Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario”¹⁶.

Pero en la práctica qué enseña, qué comporta, qué impone la “Relación Especial de Sujeción”.

- a. Que una es la responsabilidad jurídica general para todos los ciudadanos y otra la responsabilidad especial, exclusiva, y excluyente de los servidores públicos, lo que encuentra sustento normativo constitucional en el artículo 6º superior, en lectura armónica e integral con el inciso 2º del artículo 123 ídem.
- b. Que conforme a ello todos los ciudadanos colombianos responden por infringir la Constitución y la ley, en consecuencia, los delitos se investigan y juzgan atendiendo la ley penal; por su parte, los ciudadanos que además de tener la calidad de tal, pero que se sitúan en una especial posición jurídica cuando asumen como funcionarios al servicio del Estado, responden igualmente por infringir la Constitución y la ley. Nótese cómo la especial situación de servir al Estado origina una responsabilidad exclusiva y excluyente de todo ciudadano al servicio del Estado, que tiene por base la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones oficiales, estas últimas deben estar estrictamente regladas en la Constitución o en la ley, de conformidad con lo consagrado en el artículo 122 de la Carta, que reza: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento...”.
- c. Que en virtud de la Relación Especial de Sujeción quienes se vinculan al Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales o de simple servicio, no son sujetos de la Ley disciplinaria, “(...) 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 este presta un servicio de manera autónoma, por lo cual sus

¹⁶

La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario No. 5.

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...”¹⁷.

- d. Que el principio constitucional del non bis in ídem no tiene aplicación en tratándose de la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria: “(E)l 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 existe identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación. (A)sí 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”. “(S)i 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 esta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no menos es 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; 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 e impedimentos, así como conflicto de intereses y su finalidad está en garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo”. “(L)a acción penal en cambio cubre tanto la conducta de los particulares como la de

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

los funcionarios públicos y su objetivo es la protección del orden jurídico social”. “(E)n 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”¹⁸.

- e. Que es presupuesto de una conducta que funde la responsabilidad disciplinaria, el que esa conducta, conforme a los presupuestos fácticos, afecte el deber funcional en términos sustanciales, como lo exige el principio rector previsto en el artículo 5º de la ley 734 de 2002. Tema del cual nos ocuparemos adelante.
- f. Que conforme a la especial situación en que la relación especial de sujeción coloca al ciudadano al servicio del Estado, la responsabilidad disciplinaria que de él se predica tiene que imputarse conforme a un juicio pleno de responsabilidad, a título de dolo o de culpa, como quiera que el principio rector previsto en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, al declarar proscrita toda responsabilidad objetiva, así lo impone. Sobre ello nos referiremos en su momento.

4. La Potestad Disciplinaria y la Norma Subjetiva de Determinación

En su momento la Corte Constitucional en su jurisprudencia consignó: “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”¹⁹.

Si hacemos una lectura rápida y desprevenida de esta definición o noción que del derecho disciplinario nos da la rectora de nuestra norma constitucional, seguramente no comprendemos el universo conceptual que de allí se desprende.

¹⁸ Corte Constitucional. Entre otras. Sentencia C-244 de 1996. También C-427 de 1994; T-413 de 1992. También Doctrina Viceprocuraduría General de la Nación. Auto de Cargos del 1º de junio de 2001. Radicación No. 001-25908-98.

¹⁹ Ver Sentencia Constitucional C-341 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell, y en simil sentencia C-712 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Pretendo con la disquisición que haré de la referida noción o definición, explicar de igual manera la relación causa – efecto de la potestad disciplinaria y la naturaleza de la norma disciplinaria.

Vayamos despacio, por norma en términos generales debemos entender una regla o precepto que orienta y disciplina la conducta humana. Norma sustancial hace referencia al contenido o precepto que permite, prohíbe, obliga o faculta, que impone un deber, una obligación, conlleva entender la misma en un concepto puramente estático; norma Procesal aquella que señala el procedimiento que se debe seguir a fin de investigar y juzgar una conducta y proferir el respectivo juicio (resultado de una actividad), impone entenderla en un concepto dinámico; cuando de abordar el estudio de la norma procesal se trata, ello inexorablemente nos conduce al tema de la “Acción Disciplinaria”, lo que escapa a los propósitos de este trabajo.

Ahora bien, lo relevante frente al estudio de la norma disciplinaria resulta ser el entendimiento de la misma en su naturaleza autónoma; porque, como bien lo enseña el más conspicuo doctrinante del derecho disciplinario colombiano, no en vano es autor de la Ley 734 de 2002, Dr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, con la expedición de la Ley 734 de 2002, el derecho disciplinario ha llegado a un punto de no retorno, cuenta hoy con su propia carta de naturaleza, sus propias características, especificidades y sus propias categorías dogmáticas, que lo diferencian de las demás especies de la Potestad Sancionadora General del Estado y del ordenamiento jurídico, y que precisamente una de las categorías fundantes de la autonomía del Derecho Disciplinario es “la teoría de la norma subjetiva de determinación” como soporte de la ilicitud sustancial, en la medida en que lo relevante para el Derecho Disciplinario, por estar profundamente influenciado por la ética, es la conducta y la dirección de la voluntad impuesta por los deberes.

A manera de resumen, enseña el Dr. Gómez Pavajeau en su estudio “La Teoría de la ‘Norma’ y el Derecho Disciplinario”²⁰, “(...) El tema teoría de la norma no es patrimonio propio y único del derecho penal. Su estudio, como se verá, se aborda desde disciplinas más universales como la filosofía del derecho y la teoría general del derecho. Empero para el ámbito del derecho sancionador al cual como género pertenecen las especies derecho penal y derecho disciplinario, según se ha estudiado, es en el derecho penal donde los estudios sobre la teoría de la norma han alcanzado importantes

²⁰ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Dogmática del Derecho Disciplinario. 3ª. ed. Págs. 236 a 265.

desarrollos y precisiones. (...) Ahora bien, como especies que son el derecho penal y el derecho disciplinario, ambos deben nutrirse de la teoría de la norma, como es obvio guardando sus características específicas, puesto que la búsqueda de una identidad por parte del derecho disciplinario se ha consolidado con la Ley 734 de 2002, obteniendo su propia carta de naturaleza que permitirá afirmar su autonomía e independencia. (...) Por eso en orden a desentrañar la naturaleza de la norma disciplinaria, se hace necesario dilucidar su sentido y contenido en el ámbito de la teoría de la norma y su comparación crítica con el derecho penal. (...) La norma penal puede ser entendida como una norma objetiva de valoración, como una norma subjetiva de determinación, o compuesta por ambas orientaciones. (...) la norma penal construida como norma objetiva de valoración implica entenderla como un instrumento o herramienta a partir de la cual el funcionario judicial, desde la perspectiva de la función del derecho penal, determina lo que resulta valioso o disvalioso para el ordenamiento jurídico-penal. La clave para determinar lo valioso o disvalioso de un comportamiento se encuentra en la misión de un muy particular derecho penal: aquel que se ocupa principalmente de la protección de bienes jurídicos. (...) Por el contrario, cuando se acepta que la naturaleza de la norma es subjetiva de determinación lo que se entiende es que el derecho busca es determinar o dirigir el comportamiento social de los ciudadanos, persigue encauzar por medio de normas prohibitivas o de mandato el correcto desempeño de la conducta humana en sociedad. (...) La norma se ocupa, desde esta perspectiva, principalmente de la conducta, sin esperar al resultado valioso o disvalioso. (...) No es de su esencia, trascender hasta el resultado. (...) El núcleo de lo injusto está dado por la constatación de la realización de una conducta que ha puesto de presente un cuestionamiento al mandato o a la prohibición legal encarnada en el deber: una voluntad que trasunta una rebeldía normativa”. “(...) Pues bien, la norma penal o la disciplinaria puede ser entendida como norma objetiva de valoración o como norma subjetiva de determinación, o compuesta por ambas orientaciones”. Y concluye: “(...) Sin duda alguna, si el derecho disciplinario se encuentra profundamente influenciado por la ética, donde lo relevante es la conducta y la dirección de la voluntad impuesta por los deberes, y la configuración constitucional de tal disciplina también apunta a tales criterios, debe concluirse así mismo que lo contrario a derecho en derecho disciplinario está dado por el quebrantamiento de la “Norma subjetiva de determinación”. Tal orientación informa la construcción del injusto en el ámbito del derecho disciplinario”.

A nuestro entender, conforme a lo expuesto por el Dr. Gómez Pavajeau, para desentrañar la naturaleza de la norma disciplinaria, en primer lugar,

debemos concebir que hablar de naturaleza de la norma disciplinaria es referirnos a lo que funda el concepto de lo contrario a derecho, de lo antijurídico, específicamente de lo ilícito disciplinario, respondernos, cuándo una conducta activa u omisiva funda el concepto de lo que resulta reprobable por ser contrario a lo que la norma impone; en segundo lugar, concebir que, si la misión del derecho penal está en ocuparse de la protección de bienes jurídicos, tales como la vida, la hacienda pública, el patrimonio, entre otros, el concepto de lo antijurídico, de lo contrario a derecho conforme a la norma penal, surge cuando se presenta una conducta, un comportamiento humano que lesiona ese bien protegido, o lo pone en peligro, esto es, produce un resultado dañoso, causa una afectación del bien material protegido por la norma, que es precisamente de lo que se ocupa, o a lo que refiere la teoría de la lesividad.

Por el contrario, cuando se acepta que la naturaleza de la norma es subjetiva de determinación, lo que se entiende es que el derecho busca determinar, dirigir el comportamiento social de los ciudadanos, persigue encauzar por medio de normas que prohíben, que ordenan el correcto desempeño de la conducta humana en sociedad.

Así, la norma concebida como subjetiva de determinación, se ocupa principalmente de la conducta, sin esperar resultado valioso o disvalioso alguno. No es de su esencia trascender hasta el resultado. De tal manera que lo antijurídico, lo contrario a derecho conforme a la norma subjetiva de determinación, se presenta, surge, cuando la conducta se aparta del mandato imperativo encarnado en el deber legal.

Conforme a ese panorama jurídico o de derecho, y como se explicará enseguida, si el derecho disciplinario se encuentra profundamente influenciado por la ética, donde lo relevante allí es la conducta y la dirección de esa conducta utilizando para ello como instrumento el deber funcional, y así lo ha entendido y viene concibiendo la Jurisprudencia Constitucional, permite concluir que lo contrario a derecho en derecho disciplinario surge cuando se quebranta la “Norma subjetiva de determinación”.

En mi conocimiento, si bien la Corte Constitucional específicamente no se ha referido al tema, en diversos pronunciamientos jurisprudenciales ha respaldado lo anotado; así, en reciente sentencia dice: “(...) Desde esta perspectiva, la Corte ha establecido que el derecho disciplinario es una rama esencial en el funcionamiento de la organización estatal, pues se encuentra orientado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y

obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarlas. Haciendo énfasis en lo anterior, esta Corporación en Sentencia C-417 de 1993 agregó 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 cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan”. Lo anterior ocurre porque todos los servidores públicos deben propender al logro del objetivo principal para el cual fueron nombrados, esto es, servir al Estado y a la comunidad en general con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento (C. P. arts. 6° y 122). De donde resulta que cualquier funcionario del Estado puede verse sometido a un proceso de responsabilidad pública de índole disciplinaria, no solo cuando en su desempeño vulnera el ordenamiento superior y legal vigente, sino también cuando incurre en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C. P. arts. 6° y 123)²¹.

También ese alto Tribunal Constitucional había dicho: “(...) En la sentencia C-280/96 siendo M.P. Alejandro Martínez Caballero, 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. 1°), 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 (C. P. Arts. 2° 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. (Sentencia C-417/93. M. P. José Gregorio Hernández Galindo). Consideración de la Corte No. 3, ya que los servidores públicos no solo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C. P. art. 6°)²².

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de agosto 09 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²² Ídem, 1.

Nótese cómo cuando la Corte utiliza expresiones tales como “(...) **orientado** a regular el comportamiento disciplinario de su personal, **fijando** los deberes y obligaciones de quienes lo integran, **limitando** el alcance de sus derechos y funciones, **consagrando** prohibiciones y **previendo** un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria; (...)“integrado por todas aquellas normas mediante las cuales **se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento** en el ejercicio de sus funciones”; “(...) Lo anterior ocurre porque todos los servidores públicos **deben propender** al logro del objetivo principal para el cual fueron nombrados, esto es, servir al Estado y a la comunidad en general **con estricta sujeción** a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento”, no hace otra cosa que determinar, dirigir, encauzar la conducta de los servidores y de los particulares que ejerzan función pública, conforme al mandato imperativo encarnado en el deber legal.

Por su parte, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ha sostenido: “(...) El injusto disciplinario se identifica de mejor forma con la norma subjetiva de determinación, ya que justamente el derecho disciplinario apunta hacia el establecimiento de directrices o modelos de conducta por vía de la consagración de deberes, cuyo desconocimiento comporta la comisión de falta disciplinaria”²³.

De manera tal que concebir la naturaleza de la norma disciplinaria como “subjetiva de determinación” es entender que la misma gobierna la conducta de los servidores públicos y particulares en ejercicio de la función pública, y la expresión “**gobernar**” conforme el Diccionario de la Real Academia Española se emplea para indicar a alguien que ajuste su conducta o sus actos a lo que se le hace saber, “advertencia” o “aviso”.

A nuestro juicio, una lectura armónica y sistemática del artículo 6º, inciso 2º del artículo 122, inciso 2º del artículo 123 constitucionales, con el artículo 1º de la Ley 734 de 2002, respaldan la afirmación hecha, en el sentido de que la norma disciplinaria es “norma subjetiva de determinación”, ya que, “(...) Si en algo es pues, paradigmáticamente útil pero ante todo imprescindible, el acudir a la Carta Política, es en el derecho disciplinario”²⁴, veamos.

²³ Sentencia de 12 de septiembre de 2002, radicación No. 19992882-01 M. P. Temístocles Ortega Narváez. Tomado de Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 1. Instituto de estudios del Ministerio Público, p. 24.

²⁴ José Fernando Reyes Cuartas. Dos estudios de Derecho Sancionador Estatal, p. 17.

El artículo 6° constitucional consagra la responsabilidad exclusiva y excluyente predicable de los servidores públicos, cuando consagra que estos, además de responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, responden por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Este artículo constitucional funda una de las categorías dogmáticas de origen constitucional de derecho público, que gobierna el derecho disciplinario, esto es, la “Relación Especial de Sujeción”.

Cuando el ciudadano común y corriente es ungido con esa alta dignidad que impone la condición de servidor público, ya por un acto de discrecionalidad de la Administración, ora por vinculación conforme al contrato laboral, no puede ejercer el cargo si previamente, conforme al protocolo debido, no presta juramento de cumplir las funciones propias del cargo para el cual ha sido nombrado o vinculado, pues así lo manda el inciso 2° del artículo 123 superior.

Conforme a ello a nadie se le obliga a aceptar y asumir esa privilegiada condición de servidor público, es de la entera voluntad del ciudadano ungido comprometerse conforme se lo impone el juramento. Voluntad que debe entenderse conforme a “razón” y “libertad”.

De manera tal que, cuando así sucede, ese ciudadano no hace otra cosa que reconocer la soberanía del Estado y someter el ejercicio de sus funciones y tareas públicas a lo que impone la ley o el derecho disciplinario.

5. La Potestad Disciplinaria y su Relación con la Ética y la Moral

Cuando se concibe la naturaleza de la norma disciplinaria como “subjetiva de determinación”, una de las razones en que se soporta dicha concepción es la de que el derecho disciplinario “está profundamente influenciado por la ética”. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado reiteradamente que “el Derecho Disciplinario persigue hacer ética y jurídicamente más exigente el comportamiento o proceder de los servidores públicos, que siempre que se infringen las normas disciplinarias sucede ello porque la conducta es contraria a la moral o a la ética²⁵. Dice el Consejo de Estado: “(...) Mientras en el proceso penal se busca preservar bienes sociales amplios, en el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el

²⁵

Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 51 del 14 de abril de 1983. M. P. Manuel Gaona Cruz y Carlos Medellín. Tomado de Dogmática del Derecho Disciplinario, autor Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Ed. 3ª. Pág. 199.

comportamiento de estos frente a las normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia y la eficacia de la moralidad de la Administración Pública”²⁶.

Lejos de pretender en este trabajo entrar a discernir lo que la sociedad acepta o rechaza del inagotable tema de lo ético y lo moral, así como de la manera, como la jurisprudencia y la doctrina especializada conciben para los efectos propios del derecho disciplinario el significado de lo ético y de la moral, de lo cual se ocupa extensa y profundamente la doctrina del Dr. Gómez Pavajeau, en su obra aquí ya tantas veces citada, lo que se impone para los propósitos de este estudio es entender, para efectos puramente prácticos y académicos, cómo es que opera el concepto de lo ético o de lo moral en el mandato imperativo encarnado en el deber legal, esto es en el tipo disciplinario, ya deber, ora prohibición, omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones o de la actividad contractual, violación o desconocimiento del régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades, así como del conflicto de intereses o de desconocimiento del propio de impedimentos, presupuestos estos, en los que, de conformidad con los artículos 23 y 50 de la Ley 734 de 2002, se encuentra la génesis de la falta disciplinaria.

Enseña la Carta de Valores y Principios Éticos de la Procuraduría General de la Nación que por ÉTICA debemos entender “la moral pensada, aquella que nos permite forjar un buen carácter para enfrentar y actuar ante nuestra vida y la de los otros con responsabilidad”.

El carácter conforme al Diccionario de la Real Academia, es ese “conjunto de cualidades síquicas y afectivas que condicionan la conducta de cada individuo humano, distinguiéndolo de los demás”.

Nótese, la conducta, el comportamiento humano, es de lo que se ocupa la ética, y lo propio hace la moral, esa conducta referida siempre para los efectos del derecho disciplinario a la conducta oficial del servidor público y del particular en ejercicio de funciones públicas, en la medida en que el derecho disciplinario no interfiere en la conducta privada del individuo. “Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe”²⁷.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia 10051 del 19 de marzo de 1998, M.P. Clara Forero de Castro. Tomado de Dogmática del Derecho Disciplinario. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Ed. 3ª. Pág. 201.

²⁷ Günter Jakobs. Referido por Alejandro Aponte C., en ¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano? Monografías Jurídicas 100. Pág. 15.

Ahora bien, lo que se espera de todo servidor público y de particular en ejercicio de funciones públicas es que su proceder se encauce, se dirija, conforme lo impone una conducta o comportamiento ajustado a lo ético o lo moral; ello se logra cuando al momento de exteriorizar esa conducta se pondera el significado de razón y de libertad que le permiten aprehender y comprender que se ejecuta o se exterioriza la misma, sabiendo lo que se está haciendo y queriendo hacer lo que se hace; enseña el Dr. Gómez Pavajeau que, en esos términos decidir, exige una máxima de responsabilidad en el obrar, impone la consideración del hombre como un ser libre, como un ser responsable, capaz de orientarse por el sentido, por el valor y por la verdad, puesto que el hombre es un ser libre; pero también un ser que está obligado. De tal manera que si la primera base de todo acto humano es el conocimiento de lo que se va a hacer, sólo quien conoce puede obrar bien, y conforme a la máxima de responsabilidad referida, impone a quien va a obrar disponerse al conocimiento; quien siquiera, por un segundo, duda de los resultados que pueden generarse con la conducta que pretende desplegar, no está seguro de si la misma es o no conforme a lo debido, lo legal, lo correcto, le impone esa máxima de responsabilidad: abstenerse, de lo contrario, está llamado a responder por las consecuencias que originen su conducta.

El derecho disciplinario está profundamente influenciado por la Ética, por cuanto los deberes, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, las prohibiciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de interés, previstos por el legislador como presupuestos de las conductas que constituyen falta disciplinaria, conforme a los artículos 23 y 50 de la ley disciplinaria, no son otra cosa que mandatos imperativos que se respetan, obedecen, promocionan y se acatan, ajustando la conducta oficial conforme a los principios y reglas que nos da la moral pensada.

El derecho disciplinario es Ética Juridizada, por cuanto cuando un servidor público en ejercicio de sus funciones y tareas públicas ejecuta la conducta, la norma disciplinaria, entendida como subjetiva de determinación, soporte de la ilicitud sustancial, le impone un límite al libre desarrollo de esa conducta. Así ha dicho la Corte Constitucional “los servidores públicos solo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas”²⁸.

Límite al libre desarrollo de la conducta oficial del servidor público o del particular en ejercicio de la función pública que encuentra legitimación o

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2003. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

respaldo jurídico en la “relación especial de sujeción”, como categoría dogmática superior del derecho público disciplinario, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública²⁹.

Cuando el ciudadano hace la promesa de juramento en los términos del inciso 2º del artículo 122 superior, al oírsele “sí juro”, surge respecto de él la calidad de servidor público y automáticamente habilita al Estado para que a partir de ese momento entre a gobernar su conducta oficial, lo cual hace en los términos normativos consignados a lo largo y ancho del articulado de la ley 734 de 2002.

6. Conclusiones

De manera que cuando el operador jurídico o Juez Disciplinario se enfrenta a una investigación disciplinaria, concretamente en el respectivo pliego de cargos, ora en el auto de citación a audiencia pública verbal, al exigir del servidor o particular disciplinado, explicación de la conducta desplegada, no hace otra cosa que materializar las tendencias y proyecciones del derecho disciplinario que en un Estado de derecho como el nuestro enseñan:

1. Que conforme al poder facultad que le asiste al Estado, la Potestad Sancionadora se erige como un referente necesario para el adecuado cumplimiento de sus fines y funciones; lo que sujeta al servidor y particular que ejercen función pública, con la amenaza de la sanción, cuando se aparten del mandato imperativo encarnado en el deber funcional, que les asiste obedecer, respetar y promocionar.
2. Que en la Relación Especial de Sujeción está el origen de la responsabilidad exclusiva y excluyente del servidor público; determina a quiénes se aplica la Ley disciplinaria, en el ámbito de la función pública, colocando al servidor y al particular que ejercen funciones públicas y solamente en lo que tenga que ver con ellas, en una especial posición jurídica frente al Estado; facultando a éste para imponerles deberes y obligaciones objetiva y racionalmente contruidos, teniendo como referente la amenaza de una sanción, que surge cuando se les encuentre disciplinariamente responsables,

²⁹ Tema desarrollado ampliamente entre otras sentencias de la Corte Constitucional: C-417 de 1993 M. P. Fabio Morón Díaz; C-244 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-708 de 1999; C-181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-893 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-037 de 2003 M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-252 de 2003 M. P. Jaime Córdoba Triviño.

sobre la base del debido proceso y el respeto de sus derechos fundamentales.

3. Se abre paso y se consolidará la valoración dogmática de la naturaleza de la norma disciplinaria como subjetiva de determinación.
4. Si el Derecho Disciplinario es ética llevada al campo de lo jurídico, éste sirve como un medio racionalizado de obtener de los servidores y particulares en ejercicio de función pública comportamientos ajustados a una ética de lo público, en orden a realizar el normal ejercicio de la función pública y por ende la consecución de los fines estatales, que se traduce en bienestar y progreso comunitario.

Las decisiones disciplinarias y sus repercusiones sociales

**Por GLADIS AIDÉ BOTERO GÓMEZ, GLORIA CECILIA NIEBLES ÁLVAREZ,
SANDRA PAZ ZÚÑIGA, ADRIANA CECILIA MARTÍNEZ GONZÁLEZ, SANDRA
MARÍA ROJAS MANRIQUE Y CARLOS MARIO DIOSSA PÉREZ¹**

Introducción

Una de las grandes necesidades que actualmente tiene el país, además de necesidades de tipo económico, generación de empleo, seguridad y política social, es precisamente incrementar la credibilidad en las Instituciones y especialmente en las decisiones de los organismos de control.

Lo anterior, en la medida que los organismos de control e investigación, como son la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, son los encargados, desde cada una de sus órbitas de competencia, de revelar ante la sociedad la verdad que esta espera frente a los hechos irregulares que se cometen por parte de los particulares y de los servidores públicos.

El papel de la Procuraduría General de la Nación en estos momentos es protagonista, pues desde que entró en vigencia la Constitución de 1991 la Administración Pública ha generado cambios importantes, bajo el entendido que

¹ Servidores de la Procuraduría General de la Nación. Profesionales Especialistas en Derecho Disciplinario.

la acción del Estado está encaminada únicamente a satisfacer las necesidades de interés general, siendo imperativo que las decisiones de la Procuraduría estén rodeadas de transparencia, legitimidad y credibilidad para ser dejadas al escrutinio de la comunidad, lo cual posiciona a la misma Procuraduría como una institución eficaz y eficiente en términos de resultados.

Tales decisiones, sancionatorias o absolutorias, deben ser el reflejo de la verdad real de los hechos, pues esa es la forma ideal para que las decisiones de la Procuraduría General de la Nación repercutan positivamente ante la sociedad.

1. La sociedad y la justicia disciplinaria (de por qué se acude ante los organismos de control disciplinario)

En una sociedad tan cambiante como la nuestra, se ha notado que la ciudadanía acude ante los organismos de control haciendo eco de uno de los principales postulados de la Constitución: La participación ciudadana.

Y esa participación ciudadana incrementada por cierto, se ve reflejada en la creación de distintas veedurías en diferentes rincones del país, encaminadas a vigilar o monitorear el correcto ejercicio de las funciones públicas encomendadas a los servidores del Estado. Esa función también ha sido asumida por el ciudadano del común, pues no se requiere que este se encuentre inscrito en una veeduría ciudadana para denunciar los hechos que considere irregulares.

Una de las motivaciones que tiene la ciudadanía para acudir ante la Procuraduría General de la Nación es la percepción positiva que ésta les ha generado en los últimos años, puesto que al entrar en vigencia la Ley 734 de 2002, la Procuraduría ha contado con mayores herramientas para combatir actos irregulares de los servidores del Estado, imponiendo sanciones drásticas en temas relacionados con derechos humanos, contratación estatal, Presupuesto y violaciones a regímenes de inhabilidades e incompatibilidades, así como también ha tenido un papel importante frente al control electoral de los distintos procesos que en esta materia se han desarrollado, imponiendo sanciones ejemplarizantes, que han servido como mecanismos disuasivos, para que otros servidores del Estado se abstengan de incurrir en conductas de ese tipo.

Y la sociedad no ha sido ajena al actuar de la Procuraduría, pues es notorio el alto número de quejas que ante este organismo de control se formulan, lo cual significa la credibilidad que esta entidad ha generado en los últimos tiempos.

Los ciudadanos han entendido que la Procuraduría es un organismo autónomo e independiente, que lo único que busca es hacer efectivos los derechos fundamentales de la comunidad, lo cual ha hecho con independencia y autonomía demostrada en las diferentes decisiones que se han producido, pues no se tienen en cuenta motivaciones de tipo personal o político.

Ahí precisamente está fundada una de las fortalezas de la entidad de control, pues las decisiones disciplinarias encuentran plena relevancia cuando las mismas no están revestidas de intereses distintos que el interés general.

Basta con decir que según un estudio realizado por la Empresa Gallup Colombia, publicado en julio del año 2006, la Procuraduría General de la Nación obtuvo una imagen favorable del 68%, la cual se incrementó en 17 puntos desde el año 2001, situación que refleja la credibilidad de la comunidad frente al máximo organismo de control disciplinario del país.

Siendo la Procuraduría General de la Nación la representante de la sociedad, por mandato Constitucional, le es imposible ser inferior a las acciones que ello demanda, pues ahí justamente se encuentra el sentido de esta Entidad en cuanto a la protección y el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo cual se ha logrado no solo desde el punto de vista sancionatorio, sino también desde el punto de vista de lo preventivo.

2. Finalidades de la acción disciplinaria (importancia como mecanismo de autotutela estatal)

Es incuestionable que la funcionalidad del Estado requiere controles. Es por ello, que no solo ese control se advierte en instituciones como la Fiscalía General de la Nación o la Contraloría General de la República, sino también en materia disciplinaria desde la órbita de competencia de la Procuraduría General de la Nación.

Y debe decirse que la acción disciplinaria es un mecanismo de autotutela estatal, correspondiéndole al órgano de control disciplinario, por mandato constitucional, velar por el cumplimiento de los deberes de los servidores públicos y de los particulares que ejercen función pública, recordándoles también a éstos las conductas que les son vedadas, lo cual se hace por vía sancionatoria o por vía preventiva.

Es por ello que la acción disciplinaria tiene como una de sus finalidades controlar la conducta oficial de los servidores del Estado, procurando que estos cumplan a cabalidad con las funciones inherentes al cargo que desem-

peñan, lo cual se logra a través de la imposición de sanciones disciplinarias o en el mejor de los casos con acciones preventivas que eviten la comisión de conductas irregulares, que más adelante puedan derivar en la acción disciplinaria.

Es del caso recordar que cualquier decisión disciplinaria, sea de carácter sancionatorio o absolutorio, genera una onda de prevención o de disuasión, pues los demás servidores públicos fácilmente pueden entender los alcances de una decisión de un organismo de control —cuando es drásticamente sancionatoria—, lo que les permite retroalimentar su actuar oficial, asimilando el verdadero alcance de las funciones públicas que ellos desempeñan.

Y como quiera que la función pública es reglada, en virtud de normas de carácter constitucional que así lo imponen, debe decirse que al servidor público lo ata al Estado una relación especial de sujeción, que legalmente le permite al organismo de control disciplinario que le solicite explicaciones frente al ejercicio de sus deberes funcionales, estando el Estado autorizado para imponer correctivos cuando tales deberes funcionales no son cumplidos a cabalidad.

La acción disciplinaria se encamina a preservar los fines de la función administrativa, en la medida en que busca eficiencia, diligencia y cuidado en los servidores del Estado, imponiendo un actuar ético de cara a la comunidad. En esa medida lo que se pretende es encauzar la conducta de quienes a nombre del Estado ejercen funciones públicas, buscando un correcto cumplimiento de sus deberes funcionales en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por ello es válido afirmar que la acción disciplinaria y su consecuencia, que a veces es la sanción, llevan implícitos un mensaje de advertencia para quien no cumple a cabalidad con los deberes que le fueron impuestos y a los cuales se comprometió cuando asumió su función. Con la acción disciplinaria se busca que los servidores públicos interioricen los deberes funcionales, sin que ello implique el desconocimiento de la dignidad humana.

3. Decisiones absolutorias y su importancia (también hay justicia disciplinaria cuando se absuelve)

Creemos que es equivocado pensar que las únicas decisiones que tienen valor son aquellas que culminan con la imposición de sanciones disciplinarias a un agente del Estado. No es así, por cuanto las decisiones absolutorias

son el reflejo de la justicia disciplinaria de una manera a veces individual, pues puede decirse que una decisión de este tipo contribuye a demostrar el correcto ejercicio de la función pública encomendada a un servidor en particular.

También el efecto de una decisión absolutoria lo encontramos cuando la sociedad la examina y la acepta, pues puede entender que el funcionario público en quien se depositó la confianza para regir los destinos del Estado, lo está haciendo de manera correcta.

La decisión absolutoria es la concreción, también, de una justicia material, toda vez que con el agotamiento de todo un proceso se logra demostrar que los hechos puestos en conocimiento del organismo de control no tenían asidero legal, sin que ello implique que quien formula la denuncia y activa la acción disciplinaria estatal lo haya hecho de manera amañada, pues ha de entenderse que lo que hizo no fue cosa distinta que hacer uso de su derecho de participación ciudadana, informando hechos que a su juicio eran irregulares, que finalmente no lo fueron, pero que indican que la sociedad sí está atenta para ejercer un control de las actividades de los servidores públicos.

4. Decisiones sancionatorias y su importancia (el aspecto positivo de la sanción que se impone)

Primero que todo hay que entender que cuando se impone una sanción disciplinaria, lo que se busca no es cosa distinta que preservar el orden normativo que rodea el correcto ejercicio de las funciones públicas inherentes a los servidores del Estado.

De igual manera, los demás destinatarios de las normas disciplinarias pueden percibir una sanción como la consecuencia que aparea el apartarse de los deberes funcionales que se le encomiendan.

Además, cuando el Estado aplica una sanción disciplinaria la sociedad la percibe como un mecanismo que asegura la confianza en el derecho y en las instituciones, pues con una sanción disciplinaria lo que se trata es de reafirmar los conceptos de legalidad que rigen en las relaciones del Estado y sus servidores generando confianza, credibilidad y seriedad en cuanto al correcto ejercicio de la función pública.

Cuando la sociedad conoce de la imposición de sanciones disciplinarias, entiende que los organismos de control disciplinario sí están en capacidad de

imponer correctivos a los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas, generando credibilidad no solo hacia el organismo de control, sino hacia todos los organismos que componen el aparato estatal.

Igualmente, la imposición de una sanción disciplinaria refleja el compromiso del organismo de control del Estado para garantizar el cumplimiento de los deberes oficiales de quienes de una u otra forma prestan sus servicios a la comunidad.

Puede afirmarse que la imposición de una sanción tiene finalidades preventivas y correctivas. Las preventivas son de doble connotación: generales y especiales.

En sentido general, evita que la comunidad de los servidores públicos incurran en conductas irregulares y en sentido especial se entiende dirigida al funcionario que se le impone la sanción.

Además, la imposición de una sanción puede entenderse en sentido positivo, pues el servidor público objeto de la misma adquiere conciencia de que debe ejercer sus deberes funcionales en una forma adecuada, permitiéndole a este una readaptación laboral cuando se imponen sanciones de suspensión, de multa o de amonestación.

Pero en sentido negativo la sanción lo que pretende es apartar a la persona del cumplimiento de cualquier función pública, pues le acarrea sanciones de destitución y de inhabilidad que le cierran las puertas, temporal o permanentemente, para que nuevamente ingrese a prestar sus servicios al Estado.

Pero una u otra sanción, en sentido negativo o positivo, no hace cosa distinta que dejar latente ante la sociedad —y ante los demás servidores públicos— la sensación de que el organismo de control disciplinario siempre estará dispuesto a reprimir conductas que afecten el correcto ejercicio de la función administrativa y que, por ende, generan desconfianza de la comunidad frente a los servidores que ante el Estado la representan.

Toda regulación normativa de carácter punitivo, dentro de la cual se incluyen las normas disciplinarias, está encaminada a prevenir que se realicen actos que afecten a la sociedad en su conjunto, titular de un derecho o interés colectivo denominado moralidad administrativa.

La pregunta relativa al impacto de las decisiones sancionatorias adoptadas por la Procuraduría General de la Nación tiene una primera respuesta, to-

mada del efecto ordinario de la pena: los fallos sancionatorios cumplen una función de prevención general.

Zaffaroni en su texto “Manual de Derecho Penal–. Parte General” páginas 73 y subsiguientes señala que la teoría de la Prevención General tiene por finalidad evitar la realización de determinadas conductas por medio de la “acción psíquica” sobre la sociedad.

En materia disciplinaria la prevención general tiene una diferencia sustancial con la ya señalada para el derecho penal: la sociedad en general no es destinataria de la prevención, en tanto ella no se dirige al total de la población, sino frente a un sector específico de la comunidad que ostenta la calidad de servidor del Estado.

Si bien podría plantearse que todo ciudadano tiene el derecho constitucional a acceder a los cargos públicos, aplica la prevención general frente a todos como potenciales servidores públicos, pero este efecto es puramente eventual.

En la sentencia C-252 de 2003 la Corte Constitucional señala que la sociedad resulta protegida con la sanción disciplinaria, por cuanto con ella se garantiza la cabal prestación de las funciones y servicios a cargo del Estado. Se rescatan los siguientes apartes:

“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 solo 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 por qué exigió, en el artículo 122, que solo 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”.

Un alto porcentaje de la población colombiana no tiene acceso a la educación superior, en especial los residentes de poblaciones rurales y zonas urbanas marginales, que con esfuerzos alcanzan la formación secundaria, sin contar con que gran parte de las personas entre los 40 y 70 años solo realizaron algunos años de primaria.

De ahí que al valorar las repercusiones sociales de los fallos sancionatorios de la Procuraduría, habría que anotar que un sector amplio de la sociedad no tiene conocimiento de la estructura orgánica del Estado, ni de la naturaleza y funciones de la Procuraduría General de la Nación

Para estos sectores marginados los fallos de la Procuraduría, mediante los cuales se sanciona a los servidores públicos por la trasgresión de deberes funcionales, genera un ambiente de aprobación inconsciente, en una lógica sencilla: quien cometió una falta recibió una sanción, pues basta que las conductas no queden en la impunidad.

Para los sectores de clase media y alta con mayores niveles de escolaridad, la sanción produce el mismo efecto de aprobación. No obstante, la visión va más allá, hasta las preguntas sobre cuántos casos más ocurren en Colombia, si todos son sancionados o no, o cuál es la razón para que se sigan repitiendo actos contrarios a los fines de la Administración Pública.

En efecto, del impacto de las decisiones de la Procuraduría debe mirarse en relación con el tipo de conductas, ya que existen conductas que generan un mayor rechazo social, como lo son las violaciones a los derechos humanos y las conductas de corrupción.

Indudablemente, los medios de comunicación ejercen influencia sobre el nivel de impacto de las decisiones sancionatorias de la Procuraduría, dado que la fuente de la información son los medios radiales, escritos y televisivos. La Procuraduría transmite un mensaje a la sociedad sobre su gestión, y sobre el reproche y castigo de conductas que afectan el desarrollo de las funciones confiadas al Estado.

La información tomada por los medios es presentada con matices diversos que van desde la presentación limitada que suprime aspectos de la comunicación, la intensidad y repetición de la información, hasta la realización de investigaciones periodísticas de opinión sobre la sanción. El impacto dependerá igualmente de la presentación de la versión del sancionado y de los comentarios que se realicen alrededor de la noticia.

De otra parte, el manejo de información, con connotaciones jurídicas en la mayoría de los casos, presenta impresiones que pueden llegar a confundir y a desinformar.

De ahí que entonces el impacto de las decisiones adoptadas por la Procuraduría dependa del tratamiento dado por los medios de comunicación, que puede conducir a una aprobación o un rechazo social.

5. La búsqueda de la verdad como fin primordial del proceso disciplinario

Como toda investigación que se aborda, la sociedad requiere que cualquier averiguación culmine con una conclusión que muestre lo que realmente ocurrió, es decir, la búsqueda de la verdad material, trascendiendo una simple verdad formal o procesal.

Tal afirmación hoy reviste vital importancia, pues cuando se trata de temas relacionados con derechos humanos, tratados bajo la órbita del derecho

disciplinario, se requiere garantizar el derecho que tienen las víctimas de conocer la verdad real de los hechos objeto de investigación.

Decir verdades formales o a medias no satisface los requerimientos de la comunidad, pues de esta manera se le puede estar conculcando a la sociedad y en especial a las víctimas, el derecho que le asiste de conocer la verdad material de las circunstancias que rodearon la ocurrencia de los hechos denunciados.

Por eso, el papel de la Procuraduría General de la Nación frente a investigaciones que tienen que ver especialmente con violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, es un papel que cuando se ejerce con celeridad y eficacia demuestra que el Estado, a través de su organismo de control disciplinario, tiene verdadera vocación para reprimir la conducta de quienes incurren en faltas de este tipo, demostrando así ante la misma sociedad y la comunidad internacional que esas conductas no son una política estatal y que por el contrario el Estado colombiano las reprocha severamente.

Igual sucede cuando el derecho disciplinario se ocupa de buscar la verdad material frente a faltas disciplinarias de otro tipo, pues con ello se demuestra que el Estado siempre estará atento para reprimir las conductas reprochables en que incurren los servidores públicos, o los particulares que ejercen función pública, pues solo de esa manera la sociedad puede entender que los servidores públicos en quienes recae la confianza para el manejo de los destinos del Estado tienen límites que deben respetar, entendido como un límite que preserva y garantiza la prevalencia del interés general sobre el interés particular.

6. Conclusiones

- a. La Procuraduría General de la Nación, con las decisiones que ha venido adoptando, ha generado una onda de credibilidad en la institución, la cual proviene de la comunidad en general y de las demás instituciones estatales.
- b. Son altamente impactantes las decisiones disciplinarias proferidas por la Procuraduría General de la Nación, pues el ciudadano común ahora mira la entidad como un organismo que sí está en capacidad de garantizar que los servidores del Estado cumplan con sus deberes funcionales, pues las decisiones tomadas bajo el amparo de la Ley 734 de 2002 han cubierto la brecha que la Ley 200 de 1995

no pudo cubrir, pues las repercusiones de una sanción adoptada en el nuevo Código Disciplinario son muy distintas a las que antes se proferían.

- c. La búsqueda de la verdad material es el norte en el cual ahora se apoya la Procuraduría, pues se ha entendido que solo de esa manera la sociedad adquiere credibilidad frente al control disciplinario que se ejerce.
- d. La acción disciplinaria hoy se mira no como la retaliación del organismo de control disciplinario para alcanzar oscuros objetivos, como en su momento se pudo percibir por la sociedad en la administración de la Procuraduría para los años 1995 y 1996, sino como una acción que propende a mantener el imperio de la legalidad y convencer a los servidores públicos de que ellos realmente sí están al servicio del interés general.
- e. Es la misma sociedad la que ha posicionado a la Procuraduría General de la Nación frente a otras entidades del Estado, pues conociendo las decisiones de la Procuraduría ha entendido que el Estado sí está en capacidad de responder oportunamente a las inquietudes que mediante quejas ha informado la misma ciudadanía, y que se han incrementado en su número, lo que demuestra que el ciudadano acude a la Procuraduría porque realmente sí cree en su gestión.

El principio de proporcionalidad en el ámbito de las sanciones disciplinarias en Colombia (Ley 734 de 2002, artículo 18)

Por LUZ ELENA VALDÉS PALACIOS, ARISTOCLES CÁRCAMO CALDERÓN,
ALBERTO TIRADO GONZÁLEZ, FREDY OSORIO PATIÑO Y ÓMAR MUÑETÓN VASCO¹

Introducción

Sea lo primero decir que una de las responsabilidades de la academia es procurar el fortalecimiento de la dialéctica como condición necesaria para la cimentación de una cultura jurídica, máxime cuando la ausencia de debate se traduce en actitudes pasivas frente a las infracciones a la filosofía del Estado Social y Democrático de Derecho. Un debate caracterizado por la tolerancia, el respeto y la responsabilidad, que permita la medición de la tensión de los argumentos y determine los más coherentes con el contexto de surgimiento y aplicación del derecho, se erige en condición mínima para una plena adopción y desarrollo del paradigma político adoptado con la Constitución Política de 1991.

¹ Servidores de la Procuraduría General de la Nación. Profesionales Especialistas en Derecho Disciplinario.

En el contexto de la apuesta por la configuración de un modelo de derecho disciplinario sancionatorio de corte garantista, respetuoso de las garantías y derechos constitucionales del disciplinado, no se puede permitir que nos invada el escepticismo, pero tampoco el dogmatismo o la exageración utópica; así cabe recordar que cuando le urgían que optara entre dos posiciones religiosas extremas, ERASMO sentenció: “no navega mal quien pasa a igual distancia de dos males diferentes”.

El presente trabajo de grado se ocupa del Principio de Proporcionalidad en la esfera del Derecho Administrativo Sancionador. Es bien sabido que la génesis de dicho principio se encuentra en el ámbito del Derecho Penal vinculado a la proporcionalidad de la pena, uno de los instrumentos característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, en cuyo seno ha sido objeto de múltiples desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y legales.

En el transcurso del trabajo se intentó abordar el principio de proporcionalidad a partir de normas legales, doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el inequívoco objetivo de evidenciar los rasgos esenciales que definen el aludido principio y que lo constituyen en un “límite jurídico” infranqueable a la esfera de la potestad sancionatoria de la Administración, desde el punto de vista disciplinario.

Finalmente, reflexionar en torno a la sanción disciplinaria desde la óptica del principio de proporcionalidad resulta plausible en la medida en que dicho principio se constituye en una herramienta que puede minimizar la discrecionalidad y la arbitrariedad en la imposición de la sanción disciplinaria. En efecto, en materia de sanciones disciplinarias, tal como lo señala la doctrina, “se requiere aquí, como en ningún otro tema, el manejo riguroso del principio de proporcionalidad”²; las líneas siguientes se ocupan de hacer un breve acercamiento al principio de proporcionalidad vinculado al tópico de la sanción disciplinaria, se deja constancia de que el *énfasis* se hace en los antecedentes normativos, doctrinales y jurisprudenciales (Corte Constitucional) respecto del principio de proporcionalidad; no sucede igual respecto de la sanción disciplinaria, pues sobre dicho tópico la doctrina especializada ya se ha ocupado de ello y ningún aporte relevante podría hacerse al respecto, salvo la premisa de la que parte el presente documento, esto es, la imperiosa necesidad de vincular (que es un mandato legal) la sanción disciplinaria y el principio de proporcionalidad al momento de tomar medidas que afecten derechos y garantías constitucionales fundamentales del disciplinado.

² Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 424.

1. El advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, el principio de proporcionalidad³ y la sanción⁴ disciplinaria

1.1. Consideración preliminar

Las líneas siguientes tienen la finalidad de hacer un breve recorrido sobre el tópico anunciado en el título en aras de posibilitar una mejor comprensión sobre el desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad y su recepción en la esfera del Derecho Disciplinario y particularmente en lo que respecta a la sanción disciplinaria en Colombia.

1.1.1. Derechos fundamentales⁵ y Estado Social de Derecho

La doctrina de los derechos fundamentales del Estado de derecho se ha presentado como un modelo articulador de las exigencias, en principio antagónico, que reflejan las ideas de libertad y de la ley. La superación de ella implicó concebir la ley no como un producto del arbitrio del gobernante, sino de una voluntad general encaminada directamente a garantizar los derechos fundamentales de los individuos; hacia eso se dirigió la idea guía del Estado de Derecho.

³ No se trata en las líneas siguientes de hacer una exposición exhaustiva sobre el concepto, antecedentes y desarrollos constitucionales respecto del Estado Social; se trata de una sumaria aproximación sobre los rasgos más característicos en aras de vincular dicho concepto con el principio de proporcionalidad y su incidencia en el ámbito de la sanción disciplinaria en Colombia; ello, por cuanto es a partir del advenimiento del Estado Social de Derecho que la Corte Constitucional ha extraído los rasgos esenciales y su poder vinculante del principio de proporcionalidad en las distintas áreas del ordenamiento jurídico colombiano. Ahora, en la medida en que el acento fuerte de dicho principio está referido a la no afectación innecesaria de los derechos fundamentales en la imposición de una medida restrictiva de los mismos, se empieza la reflexión vinculando Estado Social con los derechos fundamentales.

⁴ Sobre el concepto véase: GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Ob. cit, p. 23 y ss.

⁵ La vinculación entre los denominados Estados constitucionales y los derechos fundamentales respecto de su eficacia y poder vinculante para los poderes públicos es condición sine quanon al momento de reflexionar sobre las limitaciones o afectaciones a derechos fundamentales en el Derecho Penal. Al respecto la doctrina señala: “(...) El incremento del poder de vinculación de la Constitución como norma política y también jurídica, ha tenido como ingrediente directo, causal, la eficacia normativa adscrita a los derechos fundamentales. La constitucionalización de los derechos fundamentales es el factor que mayor peso ha jugado en el proceso de transformación del Estado de derecho en el Estado constitucional. Esto hace que los derechos fundamentales se conviertan en un concepto prioritario, envolvente y recurrente (...).” CORREA HENAO, Magdalena. La limitación de los derechos fundamentales. Temas de Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, No. 71, Bogotá, 2003, p. 19.

En su perspectiva histórica, la teoría de los derechos fundamentales precede a la formulación doctrinal de la noción de Estado de Derecho. Al hablar de los contornos propios del Estado de derecho es imprescindible anotar las circunstancias históricas que rodearon su surgimiento; antes de la existencia del Estado de derecho, para no irnos lejos, existió el Estado absolutista, definido como el régimen político y social que imperó entre los siglos XVI y XVIII, que se caracterizó por la concentración, con base en la teoría del derecho divino de los reyes, de todos los poderes públicos en manos del monarca. La implantación de las monarquías absolutas en Europa, coincidió con la formación de los estados nación donde ellas se afianzaron. La transición del Estado medieval y feudalista al Estado absolutista y los estados nacionales fue un proceso lento y complejo; en ese proceso intervinieron factores de tipo económico, social, cultural y político.

Uno de los determinantes fue el surgimiento y expansión de la clase burguesa y el cambio de los esquemas económicos y políticos que ella presionó, todo encaminado al fortalecimiento del poder de la realeza y al estancamiento del comercio que frenaba las posibilidades de progreso de la burguesía⁶. Por ese motivo, la clave de una definición explicativa del Estado de Derecho reside en demostrar la estrecha correlación existente entre su componente ideológico, que genéricamente se identifica con la lucha por la justicia, y su estructura técnico-formal, cuyo principal objetivo es la creación de un clima de seguridad jurídica en el desarrollo de la actividad estatal.

Ahora, el individualismo, así como la neutralidad del Estado liberal de derecho, no podía satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales del sector social y económicamente más deprimido; esto, frente a las transformaciones socioeconómicas que se fueron dando en la historia, se tradujo en una serie de conflictos de clase que, a partir de la segunda mitad del siglo pasado y desde los inicios del presente, desvelaron la insuficiencia del marco de libertades burguesas cuando se inhibe del reconocimiento de la justicia social.

Todo lo anterior, aunado a las circunstancias de un capitalismo cada vez más profundo, determinó la aparición del Estado Social de Derecho, que abandonará las premisas de neutralidad e individualismo, recabando la intervención del Estado en los procesos socioeconómicos y que, aunque se mantiene fiel al derecho, lo realiza partiendo de principios heterónomos ante la autonomía caracterizadora del Estado Liberal de Derecho. El origen del

⁶ MESA NARANJO, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Quinta Edición, Bogotá. 1994.

Estado Social de Derecho se debe mirar desde dos ángulos. Por una parte, representó una conquista política del socialismo democrático, y por otra, es fruto también del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas tendencias del capitalismo moderno.

Sin embargo, se le ha atribuido como una de las características más significantes al Estado Social de Derecho, la consecución de la procura existencial por parte de los poderes públicos del Estado, y se traduce en responsabilizar a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad, reconocida no solo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural⁷.

La expresión Estado Social de Derecho arranca del constitucionalismo alemán, y es aquí en donde se han generado y desarrollado los debates en relación con esta expresión; al respecto la doctrina expone dos tesis en particular; la primera, abanderada por Cari Schmitt y Ernest Forsthoff, tendiente a trazar una separación tajante entre la constitución como norma jurídica del Estado y el funcionamiento político del poder en su incidencia y condicionamiento por los conflictos sociales. Esta tesis ha sido ampliamente desarrollada por su discípulo Ernest Forsthoff, quien a su entender en la evolución histórica, el elemento definitorio del Estado de derecho aparece ligado a la constitución, mientras que la función social del Estado es algo que se vincula a las tareas propias de la administración.

Por ello, el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho no son una misma cosa y es imposible concebir un Estado Social de Derecho, ya que ello implicaría conciliar dos ideas antitéticas. En suma, el terreno de la realización de los programas socioeconómicos es el de la legislación y la administración, pero no de las normas constitucionales, por eso, la inclusión de lo social en la definición del Estado de derecho supone una distorsión inadmisibles desde el punto de vista jurídico. La segunda tesis⁸, avalada por un gran número de tratadistas alemanes (Oto Bachoff), es del fundamento contrario al anterior, pues afirma que el paso del Estado liberal al Estado

⁷ GARCÍA PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Editorial. Alianza, 1985, p. 26 y ss.

⁸ Tesis que es la que recoge la Corte Constitucional, y que plasma en la Sentencia T-426 de 1992.

Social de Derecho ha supuesto una radical mutación en su propia significación jurídico-política, pero sin que ello implique que el Estado social de derecho haya dejado de ser Estado de derecho, o que sus postulados se hayan traducido en fórmulas programáticas carentes de incidencia en la naturaleza jurídica y contenido institucional del Estado de derecho.

1.1.2 El Estado Social y Estado Liberal⁹

El Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho se diferencian en cuanto que el primero basa sus instituciones en la idea de limitación, magnitud esta negativa, en tanto que el segundo se caracteriza por la dimensión positiva de la participación. Mientras el Estado Liberal de Derecho apunta a la libertad en cuanto límite, el Estado Social busca la participación¹⁰. Esta discriminación no es una descripción superficial que contraponen dos vocablos distintos, puesto que cada uno de ellos está lleno de hondo

En dicha sentencia, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional señala: “El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Del principio de estado social de derecho se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales: primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden político, económico y social justo (Preámbulo, C. P. Art. 2). Por otra parte, el Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (C. P. Art.1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad (...)”.

⁹ Desde una perspectiva histórica, la expresión estado de derecho es de origen germano, término acuñado hacia 1813 por Carl Th. Welcker. Surge como una fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas garantías formales, proclamadas por una constitución que consagrara la división de los poderes públicos y garantizara el principio de legalidad con una serie de garantías de orden material, ya que la ley era expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades básicas de los ciudadanos. Ahora, tal como señala Pérez Luño, la lucha por el estado de derecho ha significado una lucha contra todas las formas de arbitrariedad política y la exigencia de un control del Estado por el derecho. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, 4 Ed., 1991.

¹⁰ Desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y en el contexto de los derechos fundamentales, dice Bernal Pulido que “La primera repercusión del principio del Estado social en el ámbito de los derechos consistió en la consagración de disposiciones de derechos de prestación en las Constituciones de los Estados. Es bien cierto que este tipo de enunciados no era por entero desconocido en las Constituciones de los tiempos del Estado liberal burgués (...)”. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 2003, p. 254.

significado: El de la libertad, que califica al Estado Liberal de Derecho, en cuanto garantía y límite, y el de la participación, que da sentido al Estado Social de Derecho¹⁰.

El Estado Social de Derecho pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social y la dignidad del hombre como dinámica de la libertad, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos. Es el compromiso social que implica la ampliación de la igualdad y la libertad como tarea del Estado. No es pues un modelo cerrado sino abierto, por construir. En los países de Occidente que lo han implementado, el carácter social del Estado es una de las directrices de la política y de la actividad de los poderes públicos.

Para Manrique Reyes¹¹, el Estado Social, entendido como *idea regulativa*, significa que para el Estado existe una obligación de buscar la justicia social en sus actuaciones; este debe promover la igualdad para los diferentes grupos sociales, lo cual no significa la implantación del “*igualitarismo*”, sino que todos los sectores de la población deben tener igualdad de posibilidades para el pleno goce de sus derechos. La concepción del Estado Social de Derecho hace suyas todas las técnicas establecidas por el Estado Liberal de Derecho, ampliando la protección de los derechos humanos hacia los sociales y económicos, y potencializando su viabilidad efectiva.

Entre ellos están: el derecho al trabajo, el derecho de asociación, el derecho a un salario justo, el derecho a huelga, el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación, el derecho a la salud y el derecho a la participación. En el Estado Social, el Estado deja de tener un rol pasivo y se transforma en un Estado intervencionista, que actúa en el plano social y económico con objeto de realizar la justicia social, obtener el desarrollo y buscar el bienestar, asegurando un mínimo necesario a todos los miembros de la sociedad. Su acción incluye así el uso de la política fiscal con objeto de redistribuir los ingresos y la riqueza en la sociedad y utilizar los mecanismos de planificación para el logro del desarrollo. Ahora, habiendo caracterizado a grandes rasgos el tópico de los derechos fundamentales y el Estado Social de Derecho, se procede en lo que sigue a tratar el principio de proporcionalidad en el marco del modelo de Estado acogido por el constituyente de 1991.

¹⁰ LUCAS VERDÚ, Pablo. La lucha por el Estado de Derecho. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 101.

¹¹ MANRIQUE REYES, Alfredo. La Constitución de la Nueva Colombia. Santa Fe de Bogotá: Editorial Presencia, 1991, p. 6.

1.2. El principio de proporcionalidad

1.2.1. Regulación normativa

En Colombia, el principio de proporcionalidad encuentra las siguientes regulaciones normativas:

- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Artículo 94. Proporcionalidad. “No se podrán ordenar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios”.
- Código Contencioso Administrativo. Artículo 36 (Decreto 01 de 1984). Decisiones discrecionales: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.
- Código Penal (Ley 599 de 2000), Artículo 3°. Principios de las Sanciones Penales: “La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad...”.
- Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), 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”.
- Decreto 1798 de 2000 (Por el cual se modifican las normas de disciplina y ética para la Policía Nacional). 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 este decreto”.

Como puede observarse, la normativa legal, que recoge el principio de proporcionalidad en Colombia es diciente respecto de la preocupación del poder legislativo en regular legalmente el principio.

1.2.2. Lo que dice la doctrina acerca del principio de proporcionalidad

De acuerdo con la doctrina constitucional y administrativa española, el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, en sentido amplio comenzó a ser objeto de estudio en ese país a finales de la década de 1980¹². Ahora, la doctrina más relevante referida al principio objeto de estudio es constante y pacífica con relación al alcance y operatividad del principio en la imposición de las sanciones, sean éstas de naturaleza penal o administrativas.

Distintos autores se refieren al principio del siguiente modo:

- C. BECCARIA¹³: “Los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que impulsan a ellos. Por ello debe existir una proporción entre los delitos y las penas”.
- GARCÍA HERREROS, Orlando¹⁴: “La falta de proporcionalidad. La desproporción entre los medios que el acto utiliza y los fines que persigue la ley al otorgar las facultades para realizarlo es a nuestro juicio causal de nulidad del acto”.
- ALONSO MÁS, María José¹⁵: “En una primera aproximación, la proporcionalidad podría definirse como la necesaria adecuación entre los hechos determinantes y el contenido del acto administrativo, en relación con los fines del mismo”.
- GORDILLO, Agustín¹⁶: “Proporcionalidad. De igual modo, el artículo 7º, inciso f) in fine, consagra la necesidad de que ‘Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad’, refiriéndose a la finalidad ‘que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes’. La proporcionalidad entre: a) el fin de la ley

¹² Sobre el particular, ver CUÉLLAR SERRANO, Nicolás González. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL. En Cuadernos de Derecho Público. septiembre-diciembre de 1998.

¹³ Beccaría, Cesare. De los delitos y de las penas. Aguilar, Madrid: 1982, p.138.

¹⁴ GARCÍA HERREROS, Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo. 2ª Ed. Bogotá: Editorial Universidad Sergio Arboleda, 1997, p. 206.

¹⁵ ALONSO MÁS, María José. La solución justa en las resoluciones administrativas. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, 1998, p. 426-449.

¹⁶ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. 1ª Edición. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dík y Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. 34.

y el fin del acto; b) el fin de la ley y los medios que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto, y las medidas o el fin que el acto tiene, ostentan así no solo base constitucional, sino también legal. A ello cabe agregar que las medidas deben ser no solo formalmente proporcionales sino materialmente eficientes, como exige el Art. III Inc. 5º de la CICC con carácter supranacional”.

- MONCADA ZAPATA, Juan Carlos¹⁷: “Principio de proporcionalidad. La Corte deduce la existencia de este principio de varias normas constitucionales, así: artículos 1º (Estado Social de Derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 3º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 5º (responsabilidad por exlimitación de las funciones públicas), 11º (prohibición de la pena de muerte), 12º (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13º (principio de igualdad) y 214º de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)”.
- OSSA ARBELÁEZ, Jaime¹⁸: “El Principio de proporcionalidad, que algunos autores lo incluyen en el más general de prohibición de exceso, constituye un postulado que en cierta medida racionaliza la actividad sancionadora de la Administración evitando que la autoridad desborde su actuación represiva y encauzando está dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última entre las que menos gravosas resulten para el administrado”.
- PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel¹⁹ “Antecedentes y su actual reconocimiento. La formulación inicial del principio de proporcionalidad se encuentra en el ámbito del Derecho penal, en el que prontamente adquirió relevancia, de forma particular, en relación con la determinación de la pena. Ya Beccaria hizo referencia a la proporcionalidad en el orden punitivo en su obra *De los delitos y las penas*, en la que propugnaba que la ‘pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil’. Igualmente, se reconoce este principio en la Declaración de Derechos del Hombre y

¹⁷ ZAPATA MONCADA, Juan Carlos. Principios para la interpretación de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En: Revista PUC. No. 53 (2000), República del Uruguay, p. 158.

¹⁸ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador: Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. 1ª Ed. Bogotá: Legis, 2000, p. 465.

¹⁹ PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. En Jueces para la Democracia No. 28 (Marzo de 1997), Madrid España, p. 69.

del Ciudadano de 1789, que proclamaba que la Ley no debía establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias (...).

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón²⁰: “El principio de proporcionalidad se formuló como regla del Derecho Penal en los orígenes modernos de este. Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículo 9º, “penas estricta y evidentemente necesarias”, conceptos que pasan literalmente al artículo 8 “de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo valor positivo en nuestro Derecho resulta del artículo 10.2 de la Constitución. Supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas”.
- BERNAL PULIDO, CARLOS²¹: “(...) La proporcionalidad es una noción general, utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en otras diversas áreas del conocimiento. La relación entre el medio y el fin, que constituye la base epistemológica de la proporcionalidad, se reveló ya como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica del conocimiento (...). El surgimiento del principio de proporcionalidad, como concepto propio del Derecho Público europeo, se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración (...). Ahora bien, a partir de su consolidación en el Derecho prusiano de policía, el principio de proporcionalidad ha conocido una incesante expansión en el Derecho Público europeo, que lo ha llevado a convertirse en un criterio ineludible para controlar la observancia de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales (...). El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, la utilización del principio de proporcionalidad, como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la Administración, se ha generalizado en las jurisdicciones administrativas europeas. Su aplicación ha proliferado de país en país y se ha difundido a lo largo de los diversos campos del Derecho Administrativo (...).”.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. 7ª Ed. Madrid (España): Civitas, Ediciones, S. L., 2000. p. 177.

²¹ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003, pp. 37- 42.

De acuerdo con las regulaciones normativas y definiciones de la doctrina (que retoma la jurisprudencia) acerca del principio de proporcionalidad, podemos señalar sus rasgos básicos, veamos:

Elementos. Entendido el principio de proporcionalidad en sentido amplio o genérico, se integra o compone de tres elementos o como dice la doctrina²² “subprincipios”, a saber: a) el de utilidad o adecuación. b) el de la necesidad o indispensabilidad. c) el de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de los subprincipios enunciados y que integra el principio de proporcionalidad requiere un análisis concreto al momento de su aplicación y que exige un enjuiciamiento de la sanción administrativa a imponer desde tres ángulos o puntos de vista.

En primer lugar, la sanción administrativa que se cuestiona ha de ser idónea en relación con el fin que se persigue, esto es, se requiere que al menos la medida facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto (es lo que la doctrina llama juicio de necesidad).

En segundo lugar, la medida o sanción (administrativa) ha de ser necesaria, o la más moderada entre todos los medios coercitivos con que dispone la Administración, no solo en el sentido de que ha de comprobarse si la acción disciplinaria o sancionatoria se justifica en razón del fin que se persigue, sino además constatar que la medida o sanción es imprescindible, porque no hay otra más suave o moderada para tal propósito (la doctrina lo denomina juicio de indispensabilidad) y en tercer lugar, la sanción ha de ser proporcionada, esto es, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre los bienes o derechos en conflicto.

Según lo anterior, superado el análisis con relación a los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto, se tienen los elementos para determinar en el caso concreto, la violación al principio de proporcionalidad por parte de la Administración en la imposición de una sanción o en una medida tendiente a restringir o limitar derechos constitucionales fundamentales.

1.2.3. Principio de proporcionalidad y Corte Constitucional

Como ya se anunció un aspecto importante de esta breve reflexión lo constituye el tratamiento que la Corte Constitucional, como máximo organismo

²² Sobre el concepto ver: PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel. Ob. cit. p. 70.

de cierre de la jurisdicción constitucional en Colombia, le ha dado al principio de proporcionalidad, por ello, en lo que sigue nos ocupamos de dicho tópico, tratando de evidenciar en los extractos seleccionados, aspectos como: finalidad, presupuestos, concepto, ámbito de aplicación, rasgos esenciales, entre otros aspectos que ha tenido el principio de proporcionalidad.

En una primera oportunidad, al presentarse un conflicto entre el Municipio de Duitama y un ciudadano residenciado en tal localidad, con motivo de la construcción de un puente peatonal, por lo que debían sopesarse la necesidad del desarrollo urbanístico, la planeación municipal frente a las cargas públicas y el derecho de participación, expresó la Corte²³:

“El principio de proporcionalidad aplicada a la planeación urbana exige contrastar los intereses públicos que se pretenden alcanzar con los medios empleados para ello, atendiendo a su adecuación y necesidad. Si el objetivo buscado con el diseño y construcción de una obra pública puede lograrse recurriendo a medios de igual eficacia pero menos gravosos, estos deben preferirse a aquellos que perjudiquen mayormente a los ciudadanos afectados por la decisión”.

En otra oportunidad, la Corte²⁴ se ocupó del principio de proporcionalidad a la luz del derecho a la igualdad (de oportunidades), cuando a raíz de una acción de tutela interpuesta por unos minusválidos, reclamaron el respecto a sus derechos fundamentales, dijo en ese momento la alta Corporación:

“El traslado de los discapacitados a la tribuna sur se presenta como una medida inútil e inapropiada para brindar seguridad a todos los participantes. Ella no reporta una mayor seguridad para nadie en particular sino que, por el contrario, aumenta los riesgos para un sector específico de los participantes, llamado precisamente a recibir un trato especial. Además de la ineptitud de la medida empleada para garantizar seguridad, tampoco se encuentra demostrado que esta sea necesaria o indispensable. La decisión de traslado de los petentes es notoriamente desproporcionada respecto del fin buscado. El peligro claro y actual a que se somete a este grupo humano a cuyos miembros se les ofrece como alternativa el acceso por una rampa que no cumple las especificaciones técnicas de seguridad, aunado a la permanencia en un lugar donde los riesgos se ven aumentados significativamente respecto de los existentes en otro (pista atlética), comporta un daño eventual mayor al presunto beneficio que se pretende alcanzar en

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-530 de 1991 (23 de septiembre). M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995.

materia de seguridad. La actuación acusada configura una violación del derecho a la igualdad de oportunidades, ya que con ellas se discrimina, sin justificación objetiva y razonable, a los peticionarios respecto de los demás espectadores cuando se les somete a mayores esfuerzos y riesgos para acceder al goce de un derecho constitucional”.

Posteriormente, el máximo organismo de cierre de la jurisdicción constitucional dijo sobre el principio que: “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”²⁵.

Refiriéndose a la aplicación del principio, la Corte Constitucional²⁶ expresó: “El juicio de proporcionalidad –que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley– 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”.

En otra oportunidad, con motivo de los privilegios académicos que se concedían a los bachilleres que cumplían el servicio militar obligatorio –por ese solo hecho se les concedían diez puntos– la Corte delineó el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la razonabilidad, dijo al respecto²⁷:

“La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. 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. 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 proporcionali-

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 1993.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996.

dad 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 solo 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 solo tenga 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.”

Estableciendo el alcance del Estatuto Tributario, la Corte²⁸ se refirió al principio de proporcionalidad diciendo:

“La proporcionalidad y la razonabilidad de las normas tributarias tienen que proyectarse sobre los distintos elementos del tributo, de suerte que el sistema fiscal resultante desde el punto de vista de la justicia y la equidad pueda reclamar el atributo de legitimidad sustancial. La tributación es de suyo la fuente de los deberes tributarios y estos no pueden superar el umbral de lo que en un momento dado resulta objetivamente razonable exigir de un miembro de la comunidad. En este sentido sería indudablemente expoliatorio el sistema tributario que expandiera su base de recaudo hasta comprender los recursos que las personas emplean para satisfacer sus necesidades mínimas vitales”.

La Corte Constitucional²⁹, al analizar la constitucionalidad de la Ley 488 de 1998 se vuelve a pronunciar sobre el principio diciendo que:

“De la proporcionalidad de la sanción que se imponía al comprador, frente a la que se impone al vendedor. 1. A juicio de los suscritos, no es

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 1997.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 1999.

procedente el argumento expuesto en la sentencia, según el cual existe una evidente falta de proporcionalidad entre el valor dejado de pagar y el valor a pagar como sanción. El legislador en el artículo 77 de la Ley 488 de 1998 establecía distinciones entre las sanciones administrativas que se aplicaban al vendedor y al comprador; al primero por no expedir la respectiva factura o documento equivalente, y al segundo por no exigir al vendedor la factura y no exhibirla ante los funcionarios de la DIAN. Para efectuar el análisis de proporcionalidad de las medidas que adoptaba el artículo 77 de la Ley 488 de 1998, es necesario, según la jurisprudencia de esta Corporación (Sentencia C-022 de 1996), que se configuren tres requisitos: a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin, y c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos; esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes”.

Posteriormente, mediante sentencia T-417 de 2000, la Corte Constitucional expresó sobre el aludido principio de proporcionalidad diciendo:

“En esos términos, la cuestión a decidir en este proceso, aunque relacionada con las prestaciones que se derivan del contrato de seguros, solo de manera tangencial versa sobre ellas, puesto que se trata de juzgar sobre dos contenidos básicos del Estado social de derecho: por un lado, la garantía de los derechos fundamentales, y la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. arts. 5 y 86), y por el otro, el principio de la proporcionalidad, según el cual toda medida del Estado social de derecho debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado, pues de ese modo reconoce a todo individuo su dignidad individual, y se diferencia el Estado basado en su respeto del Estado transpersonalista anterior a la Carta Política del 1991. Este principio de proporcionalidad parte de la tesis de que en un Estado social de derecho no se exige al individuo someterse de antemano y sin más al ente colectivo del que forma parte; frente a los legítimos intereses de la sociedad en conjunto, también son legítimos los intereses individuales, y el principio de proporcionalidad plantea el respeto por todos ellos, pues en caso de conflicto, la solución no puede ser la automática preferencia por el interés social; en cambio, unos y otros intereses deberán ser ponderados y, en la medida de lo posible, preservados”.

Respecto de la finalidad del principio, expresó la alta Corporación³⁰:

“los medios escogidos por el legislador no solo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T- 422, junio 19 de 1992.

de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un 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. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración. (...) Aunque existe una justificación razonable para aceptar el criterio diferenciador enunciado, este debe ser proporcional. El juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello tiene en cuenta no solo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido. La exigencia de una justificación objetiva y razonable para establecer una diferenciación comporta la necesidad de que los medios empleados sean adecuados, proporcionales y oportunos. Un medio como la facultad discrecional de la administración puede ser adecuado y proporcional con relación al fin del buen servicio buscado, pero por su ejercicio inoportuno ser inconstitucional, al contrariar intereses legítimos de una persona mientras se encuentra en determinadas circunstancias. La oportunidad en el uso de un medio está condicionada a las circunstancias del caso concreto. Igualmente, la actuación pública es desproporcionada cuando es contraria a las exigencias de la buena fe, en cuanto la autoridad adopta una decisión que no es la conducta racional y recta que podría esperarse de una persona en la misma situación”.

Nuevamente se ocupó la Corte³¹ del principio de proporcionalidad respecto del criterio para la ponderación de derechos constitucionales en conflicto, y señaló:

“(...) En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T- 425 de 1995.

principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C. P., art. 2), y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos”.

Tuvo nuevamente la Corte Constitucional oportunidad de referirse al principio, al estudiar la constitucionalidad de unas normas del derogado Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700), referidas a la versión libre; dijo en ese momento la Corporación³²:

“En los términos descritos, la tarea de la Corte es la de verificar si la condición que imponen las normas demandadas -y que consiste en rendir versión libre o indagatoria, salvo el caso de la declaración de persona ausente-, para que las personas investigadas puedan acceder a las diligencias del proceso penal y ejercer plenamente el derecho de defensa, es desproporcionada (...). Sin embargo, como lo ha señalado la Corte, el juicio de proporcionalidad entre el fin perseguido por la norma y los medios escogidos ‘tiene en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido’.(...) Por último, resta definir cuál es la real dimensión de la limitación que las normas demandadas generan sobre el derecho de defensa y, si desde una perspectiva constitucional, tal restricción tiene similar envergadura a la de los beneficios que aquellas pretenden alcanzar. Se trata pues de realizar un juicio de estricta proporcionalidad entre los derechos que se restringen y los beneficios que se persiguen con tal restricción”.

La Corte Constitucional³³, integrando el principio de proporcionalidad con el contenido del Estado Social y Democrático de Derecho, al examinar la violación de derechos fundamentales frente a las decisiones discrecionales de las autoridades administrativas señaló: *“...dentro de un Estado Social de Derecho, el contenido de toda decisión discrecional de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, debe corresponder, en primer término, a la ley, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia material...”*.

En un fallo que trató sobre la autonomía de los pueblos indígenas, entre otros asuntos, la Corte Constitucional³⁴ se refirió a la discrecionalidad de

³² Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 1994.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994.

las autoridades jurisdiccionales y a su vez al ejercicio del poder limitado; sobre el principio de proporcionalidad expresó en dicha providencia: *“Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que las sanciones impuestas al infractor deben guardar proporcionalidad con la conducta sancionada... En consecuencia, la pena impuesta al peticionario se revela desproporcionada y materialmente injusta”*.

Finalmente, la Corte Constitucional³⁵, con relación al principio de proporcionalidad precisó:

“(...) En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera (...)”.

Posteriormente, en Sentencia C-125 de 2003, la Corte Constitucional expresó: “(...) En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, este exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que aquella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad (...)”.

Finalmente, dice la Corte Constitucional en Sentencia SU-129 de 2002:

“(...) se introduce un método de ponderación a partir del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el cual incluye los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto lleva a que la afectación de los derechos fundamentales solo sea lícita cuando ella sea muestra adecuada a los fines de la persecución penal (subprincipio de adecuación), las autoridades no disponen de otros medios igualmente

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 1997.

efectivos pero menos lesivos de los derechos de la persona (subprincipio de necesidad) y el perjuicio ocasionado a la persona no es excesivo frente a la importancia de los fines de la persecución penal (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

Como se puede apreciar, la preocupación de la doctrina y de la Corte Constitucional por el principio de proporcionalidad no ha sido escasa y sobre ello se sacarán las conclusiones en el momento oportuno.

1.3. Derecho Disciplinario³⁶ y Sanción Disciplinaria³⁷

El régimen sancionatorio disciplinario constituye un ordenamiento jurídico que desarrolla el poder de control de la función pública y social, con miras a lograr el cabal cumplimiento de su cometido legal y social (asegurar la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado). Se trata del ejercicio de la potestad de autocontrol del Estado moderno, que se traduce en el poder de sancionar las infracciones de los agentes de la Administración por faltas en el ejercicio de sus funciones, mediante un procedimiento legalmente establecido, destinado a calificar las fallas e imponer las sanciones al empleado responsable.

³⁶ Desde el punto de vista conceptual, la Corte Constitucional (Sentencia C-341 de 1996) definió el derecho disciplinario como “el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, disciplina y el comportamiento ético, la moralidad, la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”.

³⁷ En opinión de QUIÑÓNEZ HERNÁNDEZ, Gustavo Adolfo. Proceso Jurisdiccional Disciplinario, 2002, p. 36, “la acción disciplinaria en Colombia se ha erigido con dos propósitos: primero, garantizar la función pública al servicio de los intereses generales (art. 209 C. N.); segundo, salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en su empleo, los servidores públicos al servicio del Estado y de la comunidad (art. 123 inc. 2 C. N.), por tal razón el incumplimiento de los deberes, la extralimitación y abuso de los derechos y funciones constituyen falta disciplinaria, ... La acción disciplinaria surge como consecuencia de la subordinación entre el Estado y sus servidores, por lo cual el Estado impone a estos un régimen de deberes y prohibiciones, que debe ser acatado de manera estricta por quienes están a su servicio y en el evento de ser desconocido dicho régimen, el Estado tiene la capacidad de sancionar a quien haya incurrido dolosa o culpablemente, en alguna de las conductas o comportamientos previstos en la Ley Disciplinaria...”. Según VILLEGAS GARZÓN, Óscar. El Proceso Disciplinario. Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 35. “La expedición de la Ley 200 de 1995, designada como Código Disciplinario Único, significó, a no dudarlo, el paso más importante en el nacimiento y posterior desarrollo de una nueva rama de las ciencias jurídicas: el derecho disciplinario”. Respecto de la Ley 734 de 2002, el autor dice: “Surge ahora un nuevo Código Disciplinario Único... mucho más ambicioso y, por supuesto, más consistente; tiene sus falencias, también sus exageraciones, pero no puede negarse que dentro de él encuentran cabal expresión principios ya conocidos como el de legalidad, debido proceso y defensa; los de culpabilidad e integración normativa que incluye los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT se consolidan...”. Ob. cit., pp. 36 y ss.

1.4. El principio de proporcionalidad como límite de la sanción disciplinaria

El Estado colombiano en el ejercicio del derecho disciplinario sancionador se encuentra sometido a unos límites, como por ejemplo, las garantías individuales y la seguridad jurídica en virtud de la cláusula del Estado Social de Derecho adoptado en 1991, para evitar precisamente la arbitrariedad y la desproporción en el cumplimiento de la sanción disciplinaria, sacrificando los derechos fundamentales del sujeto activo en la comisión de una conducta punible o un ilícito disciplinario³⁸, desconociendo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Desde la perspectiva del principio de legalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de nuestra Constitución, a cuya aplicación se tiene derecho en la esfera disciplinaria, se ve vulnerado cuando la imposición de sanción no es congruente con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 732 de 2002; la discrecionalidad del operador jurídico en el proceso de individualización para graduar la sanción a imponer ha de entenderse como aquella que le permite moverse dentro del ámbito de los límites establecidos por cada una de las sanciones.

Ahora bien, la relación entre el principio de proporcionalidad y el control a los poderes públicos, encuentra, desde la óptica del derecho disciplinario sancionador, un terreno adecuado para su desarrollo, pues de un lado está el análisis del principio como concepto abstracto y de otro el estudio de los elementos formales de la normativa relacionada con el régimen disciplinario sancionador, contenido en la Ley 734 de 2002; ambos elementos deben desembocar en una confrontación que permita obtener conclusiones sobre la adecuación de dicha normativa a la luz del desarrollo iusteórico del principio.

La libertad de los sujetos para comportarse de acuerdo con su propio criterio se ve restringida por el deber de ajustar su comportamiento a la normativa vigente en un determinado territorio donde convive. Ahora bien, como se expresó la Corte Constitucional, el principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios que deben ser aplicados de forma sucesiva y escalonada. Por lo que se refiere a la aplicación concreta del principio en el ámbito de la sanción disciplinaria, en primer lugar, se verifica el cumplimiento del subprincipio de la idoneidad. En caso de hallarse que la medida a adoptar es idónea, se continúa analizando su necesidad y posteriormente su proporcionalidad en sentido estricto. Una sanción disciplinaria que no

³⁸ Sobre la expresión, ver GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Ob. cit., p. 265 y ss.

supere las exigencias de alguno de los subprincipios no se constituye en un límite al poder disciplinario y debería ser expulsada del ordenamiento.

Ahora, desde la perspectiva del subprincipio de idoneidad o de adecuación, este subprincipio indicaría que toda sanción disciplinaria debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Por lo que respecta al principio de necesidad o de intervención más restringida posible, toda sanción disciplinaria debe ser la más benigna posible, entre aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para lograr el fin propuesto. Se debe realizar un doble examen que consiste, primero, en comparar si alguna de las sanciones alternativas es igualmente idónea a la consagrada en la norma y, segundo, si esa condición afecta algún principio constitucional, en un grado menor; luego, el primer paso en la aplicación de este subprincipio es la elección de las sanciones alternativas.

Finalmente, en lo que toca al principio de proporcionalidad, en sentido estricto, la sanción disciplinaria debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido. En otras palabras, la aplicación de la proporcionalidad, en sentido estricto, significa que las ventajas que se obtienen mediante la imposición de una sanción deben compensar los sacrificios que dicha sanción implica para los derechos y garantías fundamentales del disciplinado.

De acuerdo con lo brevemente expuesto, queda así sumariamente esbozado un procedimiento básico en la aplicación del principio de proporcionalidad, que va a ser por lo menos ilustrativo para la operatividad de dicho principio en la imposición de sanciones disciplinarias.

2. A modo de recomendación

El presente documento proyecta las siguientes recomendaciones:

- Para quienes deseen adelantar investigaciones en torno al tema estudiado, se considera plausible hacer un estudio que dé cuenta de la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho disciplinario sancionador, desde un punto de vista estadístico, esto es, determinando qué tanta preocupación existe en la práctica, en el quehacer diario de la justicia disciplinaria, por la aplicación del aludido principio.

- Un análisis del principio de proporcionalidad desde la perspectiva del derecho comparado, ello en aras de determinar bajo qué criterios (legales, doc-

trinales o jurisprudenciales) se aplica el principio en la esfera del derecho disciplinario sancionador.

3. A modo de conclusión

- a) No solo la jurisprudencia nacional y extranjera, sino también la doctrina especializada han reconocido el principio de proporcionalidad como un principio inherente al Estado de Derecho. En esa medida, la consagración explícita de Colombia como un Estado Social de Derecho convierte el principio de proporcionalidad en un principio de justicia material completamente del catálogo de derechos fundamentales, división de poderes, principios de legalidad, supremacía de la Constitución y demás principios incluidos en la Carta Magna.
- b) La proporcionalidad, como principio constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido objeto de reflexión por parte de la Corte Constitucional (como máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional) en pocas sentencias. Sin embargo, las que se citan en el trabajo dan cuenta de que la Corte ha precisado los rasgos esenciales (antecedentes, concepto, clases, elementos que lo conforman, conexidad con derechos fundamentales, criterios de ponderación, adecuación de los medios a los fines que en un caso concreto persigue la norma, la sanción o la restricción de un derecho) del principio de proporcionalidad.
- c) El principio de proporcionalidad alude a la interdicción de la arbitrariedad (prohibición de excesos) en el ejercicio de los poderes discrecionales por parte de los poderes públicos (administrativos o penales).
- d) La aplicación del principio de proporcionalidad supone la realización del derecho constitucional fundamental a la igualdad de trato.
- e) La aplicación del principio de proporcionalidad en un caso concreto exige del operador jurídico ponderar los bienes jurídicos constitucionales en conflicto, para determinar cuál debe prevalecer y bajo qué condiciones.
- f) La aplicación del principio de proporcionalidad es una herramienta conceptual de primer orden cuando se trata de delimitar y concretar derechos constitucionales fundamentales.
- g) Respecto de la naturaleza, el principio de proporcionalidad, tiene una naturaleza diferencial, esto es, admite diversas configuraciones legislativas dependiendo de la materia.

- h) La aplicación del principio de proporcionalidad se constituye en un límite al ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos.
- i) La aplicación del principio de proporcionalidad supone para el operador jurídico tomar “en serio” el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, acogido por la Constitución de 1991, como los fines declarados en el artículo segundo de la misma.
- j) La proporcionalidad atiende al medio empleado para el efecto y a su idoneidad para lograr el fin propuesto, luego el sacrificio que comporta la medida tomada no debe superar el beneficio que se obtiene.
- k) El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un 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.
- l) El juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello debe tener en cuenta no solo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido.
- m) La aplicación del principio de proporcionalidad sirve como punto de apoyo para 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.
- n) La justa proporcionalidad que debe guardar una sanción con las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta disciplinaria que la administración sanciona constituye un principio reiterado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las distintas áreas del derecho en Colombia y, particularmente, en el ámbito del derecho penal, disciplinario y administrativo.
- o) Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: uno formal, constituido por el principio de legalidad y otro material, que la doctrina denomina de justificación teleológica. El primero exige que toda medida restrictiva de derechos constitucionales

fundamentales se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal, porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado o presupuesto básico para la legitimidad y garantía de la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. Respecto del segundo presupuesto, de justificación teleológica, es de contenido material, porque exige que toda limitación de los derechos fundamentales tienda a la consecución de fines legítimos.

- p) En las sentencias citadas se puede observar que el principio de proporcionalidad está asociado a postulados constitucionales, tales como el del Estado Social de Derecho (por ello se empezó conceptualizando brevemente dicho concepto) y la dignidad humana, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, el reconocimiento de los derechos inalienables de la persona, la responsabilidad de los servidores públicos por extralimitación en el ejercicio de las funciones públicas, la igualdad ante la ley, el control de la función administrativa y la proporcionalidad de las medidas excepcionales con los motivos que dan lugar a ellas. De acuerdo con ello, se puede decir que el principio de proporcionalidad no puede invocarse de modo independiente, sino siempre referido a otros principios, cuya vulneración es la que se enjuicia. La arbitrariedad estatal y la vulneración de los derechos fundamentales siempre se hacen sobre la base de un juicio de proporcionalidad entre los fines o motivos de la actuación de los entes públicos y la prohibición de los excesos en la búsqueda de los mismos.
- q) El contenido del principio de proporcionalidad, haciendo eco de los desarrollos que en la doctrina y jurisprudencia foráneas ha tenido, comprende, conforme a las elaboraciones de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.
- r) El principio de proporcionalidad debe ser entendido más allá de una simple prohibición de exceso en la aplicación de las sanciones penales, administrativas o disciplinarias. Debe inspirar tanto la elaboración de las leyes como su interpretación, así como su aplicación por jueces y tribunales del país.
- s) El principio de proporcionalidad ha estado siempre presente, de una manera más o menos explícita, en los razonamientos de la Corte Constitucional, y ha logrado una construcción del principio de proporcionalidad a efectos de saber en qué consiste y su concreto contenido.

Jurisprudencia Disciplinaria. Estudio Integrado y Sistemático de los Pronunciamientos de la Corte Constitucional

Por FERNANDO BRITO RUIZ¹

Introducción

Este trabajo tiene por objeto aproximarse a la jurisprudencia disciplinaria proferida por la Corte Constitucional, para lo cual se examinan sentencias emitidas a partir del año 1991.

El trabajo no resulta fácil, dado el elevado volumen de sentencias producidas. Es por ello que para evitar equivocadas apreciaciones por parte del lector, el análisis se centra sobre ciertos temas y en relación con estos se indican las sentencias que se han tomado en cuenta.

A quienes se interesen por este estudio, se les debe indicar que corresponde a una aproximación a la materia, sin pretensión de agotarla. En el mejor de los casos debe verse como una guía en la difícil tarea de sistematizar la copiosa producción jurisprudencial de la Corte Constitucional y en este caso específico, relativa al derecho disciplinario.

¹ Procurador Delegado para la Policía Nacional.

1. De la metodología seguida

Se han tomado como base para este trabajo, archivos que figuran en distintos documentos digitales (Cd) e inicialmente se han extraído las sentencias siguiendo el orden secuencial, conforme a los años en que han sido dictadas, disponibles a partir del año 1991. Como es natural, la atención se concentra en los temas que se han estimado más relevantes en relación con el derecho disciplinario.

Seguidamente, se han clasificado con rigor los temas encontrados en cada sentencia, asignando un rótulo a los distintos tópicos, con las palabras o los temas principales que trata, siguiendo en muchas ocasiones los descriptores asignados por la relatoría de la Corte.

Como es fácil de entender, dicha selección puede verse como subjetiva, en la medida en que la atención se centra en aspectos que resultan descollantes para el investigador. Ello puede significar que en el examen de una sentencia, la atención se enfoque en unos asuntos, dejando de considerar otros tratados en la misma, lo que debe entenderse como un proceso de preferencias y de escogencias. Bajo este entendido, los análisis hechos en este trabajo no pueden verse como los únicos factibles.

De hecho, la misma Corte Constitucional en cada nueva oportunidad abunda en precisiones, confiere mayores alcances a sus sentencias iniciales, introduce explicaciones y argumentos, ahonda en líneas que antes no abordó o que tocó tangencialmente y en ocasiones abandona algunas de esas elucidaciones, bien de manera abierta o indirectamente.

Volviendo al punto del análisis de la jurisprudencia, ésta se ha clasificado siguiendo un orden cronológico, al igual que conforme a los descriptores asignados por los relatores de la alta Corporación, acogiendo los temas que se visualizan con mayor relevancia para los fines de este trabajo. Después de esto, se ha hecho una lectura más detallada, tratando de precisar aspectos claves dentro de los temas seleccionados y sobre esa base se ha tratado de construir la línea jurisprudencial que adelanta la Corte.

Cabe decir que los tópicos que aparecen más relevantes son consecuencia, en parte, de las tendencias que guían a los demandantes y de la misma postura de los magistrados ponentes, factores que en última instancia han marcado el rumbo de la jurisprudencia. Por ello probablemente se repiten temas como los del debido proceso, análisis sobre principios como el non bis in

ídem o cuestiones propias de la función pública, que son los que suscitan el mayor interés de los demandantes y de la propia Corte.

En ese sentido hay mayor profusión de ideas alrededor de ciertas materias, en tanto otros tópicos no han sido tocados, no aparecen cuestionados o lo han sido con menor intensidad. Esto significa que el estudio comprende los pronunciamientos en un proceso evolutivo. Al final del trabajo se incluye una relación de las jurisprudencias examinadas.

En torno a las sentencias, debe decirse que algunas de ellas a veces aparecen demasiado extensas, lo que bien podría tener un efecto pedagógico, pero que hace a veces más difícil desarrollar un trabajo sistemático como éste y aun seguir el hilo del discurso propuesto. También se encuentran en ocasiones distintos formatos en su redacción y presentación, lo que obviamente dificulta aún más el estudio.

A cambio de ello, en muchas ayuda su buena redacción, lo mismo que el orden que se le imprime al examen y resolución de los distintos asuntos planteados. A veces la alta Corporación supone que la repetición y transcripción reiterada de otras sentencias en apoyo de su decisión ayuda a una mejor comprensión de lo que decide el alto tribunal y aún a la concreción de lo que argumenta, cuando su efecto puede ser el contrario del deseado.

Sin embargo, como el propósito de este trabajo no es hacer un estudio de la manera como deben redactarse los fallos, solo debe decirse que el mismo resulta dispendioso, que exige una buena organización para poder llevar adelante la exploración que se pretende hacer sobre los distintos pronunciamientos y que este esfuerzo sistemático en algo puede contribuir al mejor conocimiento de esta área específica del derecho, estudio que, por demás, no se había hecho antes.

El estudio consigna los principales aspectos a los que se ha referido la jurisprudencia en torno a un tema en particular y las variaciones que han surgido como resultado de nuevos cuestionamientos.

Como se dijo antes, en ocasiones el análisis y la misma reseña pueden dejar por fuera temas que a otras personas pueden parecer más relevantes, pero es del caso repetir que esta investigación se ocupa solo de algunos aspectos del derecho disciplinario.

2. Pronunciamientos jurisprudenciales

2.1. Potestad disciplinaria del Estado

En su sentencia C – 028 – 06², el alto tribunal constitucional señala que la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del *ius puniendi*, la cual tiene como objetivo primordial prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos o que obstaculicen el adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

Es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, estimando este alto tribunal que toda la plataforma y el andamiaje sobre el cual se sostiene la actividad estatal no tiene finalidad distinta a la defensa y eficacia de los derechos, los cuales considera que hacen parte integral de los fines del Estado.

Sostiene que en ese contexto, el poder de corrección del Estado sobre sus servidores se explica por la necesidad que hay de mantener la dirección y control de las distintas tareas que deben cumplir sus diferentes entidades y organismos, para conservar el orden y así poder alcanzar los objetivos propuestos con sus actividades.

2.2. La función administrativa

En su sentencia C – 427 – 94³, la Corte Constitucional hace algunas precisiones en torno al concepto de función administrativa, indicando al respecto, entre otras cosas, el concepto de moral pública o social que rodea esa función y los principios que la rigen.

- Anota que la Constitución Política determina que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, por lo que encuentra contrarios a esos intereses los actos de los servidores públicos que sean desplegados en interés particular o guiados por propósitos partidistas, religiosos o personales.

- Dice también que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad,

² Corte Constitucional. Sentencia C – 028 – 06. M. P. Humberto Sierra P.

³ Corte Constitucional. Sentencia C – 427 – 94. M. P. Fabio Morón D.

publicidad, los que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos que son los de las buenas costumbres de la Administración, mencionando que estos deben ajustarse en un todo a la moralidad, concepto que en este caso no corresponde a una particular exigencia confesional o subjetiva, sino a un marco ético conceptual, propio de la moral media o social⁴.

- Retomando una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de agosto de 1982, de Manuel Gaona Cruz, reitera que quien decide asumir un cargo público se somete de manera voluntaria al régimen estatutario constitucional y legal que rige esa función, del que no puede abstraerse una vez adquiere el estatus de funcionario, determinando que la función pública exige garantía de imparcialidad, decoro, dignidad, probidad, aptitud, capacidad e idoneidad de los funcionarios.

- En esa misma sentencia se dice que no le basta al funcionario con no violar la Constitución o la ley, como ocurre con los demás ciudadanos, sino que se le exige además cumplir con los deberes asignados y ceñirse a los mandamientos legales autorizados por la Carta, relativos a su comportamiento en relación con su función, de tal manera que si no lo hace compromete su investidura de funcionario y queda sometido a la jurisdicción disciplinaria respectiva.

- Dice en su sentencia la Corte Constitucional que los conceptos de probidad, imparcialidad, decoro y dignidad, como elementos rectores de la función pública, en sus referencias a la moral, deben verse ajustados estrictamente a los predicados que realiza la misma Carta, con fundamento en los cuales pueden erigirse los tipos disciplinarios aplicables a los servidores públicos.

2.3. Características del régimen disciplinario

En su sentencia C-417 de 1993⁵, la Corte Constitucional empieza a hacer algunas precisiones respecto de la naturaleza del régimen disciplinario, iniciando por señalar lo que debe entenderse por disciplina, la cual consiste en la observación de las leyes y ordenamientos de una profesión, elemento que encuentra necesario en toda comunidad y factor esencial para su funcionamiento, para conseguir su operatividad y eficacia, por lo que halla que esa

⁴ Este trabajo no tercia en la discusión que se suscita respecto de los conceptos de ética, moral y menos aún en cualquier debate en torno a derecho y moral, por lo que no se ocupará de ninguna de las tesis que sostienen iusnaturalistas y positivistas.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C - 417 - 93. M. P. José Gregorio Hernández.

es la explicación para que el mismo exista tanto en las instituciones públicas como en las privadas.

Respecto del Estado, dice que este no podría alcanzar sus fines si no dispusiera de un sistema jurídico encaminado a regular el comportamiento de su personal, fijando deberes y obligaciones, lo mismo que las faltas y las respectivas sanciones y el procedimiento que se debe seguir para aplicarlas.

Anota que el derecho disciplinario lo componen todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. Considera que este derecho forma parte de unas condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, por lo que discurre que este, más que un derecho, es un deber del Estado. Dice también que el mismo es consustancial a la organización política.

Recurriendo al artículo 124 de la Constitución, recuerda que la ley debe determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, con fundamento en lo cual estima que las faltas deben ser definidas con antelación, realizando la descripción de las conductas abstractas del comportamiento que entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la Administración, por lo que los correctivos y las sanciones que proceden deben ser establecidos igualmente de manera previa, lo que de alguna manera resume el principio de legalidad, el cual como se sabe tiene entronque en el artículo 29 constitucional.

Recuerda el artículo 6 de la Carta, por el cual los servidores públicos son responsables por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, en tanto los particulares lo son únicamente por infracción de la Constitución o de la ley, responsabilidad esta de atender las funciones conforme lo disponen las leyes y los diversos ordenamientos, que encuentra que marcha pareja con los límites que operan sobre toda función pública, orientados por el postulado de su previa determinación y acordes con los de un Estado de derecho, de donde resulta que no puede haber empleo que no tenga detalladas sus funciones en ley o reglamento.

Respecto de la función pública determina además esta sentencia, entre otros, los siguientes aspectos:

- Dice que antes de entrar a ejercer sus funciones, los servidores públicos, por razón de ese artículo 122 constitucional, están obligados a prestar jura-

mento de cumplir la Constitución y la ley y de desempeñar los deberes que le incumben en su condición de funcionarios.

- Precisa también que según lo ordena el artículo 123 de la Carta, los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y que ejercerán sus funciones en la forma como está previsto en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias.

- Encuentra que en esas disposiciones reposa el fundamento de la responsabilidad disciplinaria y de las atribuciones que se le han entregado a determinados órganos de control, debiendo entenderse que en esta parte se refiere, entre otros, a la Procuraduría General de la Nación, que es la que tiene en sus manos la potestad disciplinaria, poder que comparte con las oficinas de control disciplinario interno.

- Destaca que el régimen disciplinario recae sobre todos los servidores públicos, los que a juicio del artículo 123 constitucional, son tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales de las entidades nacionales, los miembros de las corporaciones públicas, al igual que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

- Señala además que este derecho disciplinario es uno solo, sea que se aplique al personal que se encuentra al servicio de las cámaras legislativas o de las corporaciones administrativas –como las asambleas departamentales o los concejos municipales–, sea que recaiga sobre los funcionarios que pertenecen a la rama ejecutiva en cualquiera de sus niveles, lo mismo cuando se ejerce sobre los funcionarios y empleados de la rama judicial, el que se puede ejercitar interna o externamente, dependiendo de quien lo aplique.

- Menciona igualmente que la función disciplinaria no descansa en un solo ente u organismo, aun cuando la Constitución establece una cláusula general de competencia en la materia, la que asigna a la Procuraduría General de la Nación, según la cual este ente tiene a su cargo ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, incluso la de los miembros de las corporaciones de elección popular, gozando además de la prerrogativa del poder disciplinario preferente, para adelantar las investigaciones e imponer las sanciones a que haya lugar.

- Repite que esa competencia preferente se ejerce sobre todos los funcionarios, excepto sobre los que gozan de fuero, respecto de los cuales el Pro-

curador sólo tiene la facultad para emitir conceptos dentro del proceso que adelante la autoridad correspondiente.

- Indica que la función disciplinaria sobre los funcionarios de la rama judicial, por virtud del numeral 3° del artículo 256 constitucional, la ejercen el Consejo Superior de la Judicatura y sus Consejos Seccionales, competencia que comparten con la Procuraduría⁶.

- Refiere en cuanto a los empleados de la rama judicial, separándolos y distinguiéndolos de los funcionarios de la misma, que el poder disciplinario lo tienen sus superiores jerárquicos y la misma Procuraduría, en cuyo caso estima que este último corresponde al poder preferente ya puntualizado.

En su sentencia C – 280 – 96⁷, reitera que el derecho disciplinario es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de derecho, con lo que 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.

Dice también que estas consideraciones permiten comprender el sentido y la importancia del Código Disciplinario Único, como cuerpo orgánico que señala los deberes, prohibiciones, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, derechos y funciones de los servidores públicos, así como las faltas, procedimiento y sanciones aplicables a estos servidores. Resalta en esta oportunidad la adopción de un código único, dado que antes existía multiplicidad de regímenes especiales, lo que dificultaba el control de los funcionarios y aun podía quebrantar el principio de igualdad.

Lo anterior le sirve de base para sostener, como lo dice la misma ley, que este régimen se aplica a todos los servidores públicos, de donde exceptúa únicamente aquellos que tienen un fuero especial previsto en la misma Constitución.

Señala que por disposición constitucional, los miembros de las fuerzas militares y de policía están sujetos a un régimen disciplinario especial, debido a las particulares funciones que cumplen⁸.

⁶ Sobre este tópico la Corte vuelve posteriormente, modificando su jurisprudencia.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 280 – 96. M. P. Alejandro Martínez C.

⁸ Posteriormente, la Corte hace mayores precisiones en lo que tiene que ver con el régimen disciplinario especial aplicable a los miembros de la fuerza pública.

Introduce aquí algunas anotaciones en relación con los funcionarios de la rama judicial, manteniendo vigente la competencia de la Procuraduría para investigarlos, “siempre” que el Consejo Superior de la Judicatura no haya asumido la investigación.

En la sentencia C – 307- 96⁹, la Corte Constitucional dice que la responsabilidad disciplinaria se refleja en las distintas sanciones que puede llegar a imponerle la Administración a un servidor público, previo el cumplimiento de un proceso administrativo, como consecuencia del desconocimiento de sus deberes y obligaciones, los que están dirigidos a fijar condiciones razonables para un adecuado y eficaz desempeño de la función pública.

Señala que el régimen sancionatorio de la conducta desplegada por los servidores públicos pretende regular las relaciones que se presentan entre estos 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 del artículo 209 constitucional, de imparcialidad, celeridad, transparencia, eficacia y moralidad.

Determina que el artículo 123 de la Constitución incluye a los miembros de las corporaciones públicas entre los servidores públicos, los que se encuentran al servicio de la comunidad, representan al pueblo y deben actuar consultando la justicia y el bien común, lo que a su juicio confirma la finalidad que se persigue con la imposición del régimen disciplinario, de defender los intereses generales y de conseguir el beneficio de la comunidad.

En la sentencia C – 341 – 96¹⁰, la Corte dice 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”¹¹.

En esa misma decisión, puntualiza que este derecho comprende las conductas, hechos positivos o negativos que pueden constituir falta disciplinaria, de donde se sigue que la violación de los deberes, prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades a los que están sujetos los servidores públicos es con-

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 307 – 96. M. P. Vladimiro Naranjo M.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 341 – 96. M.P. Antonio Barrera C.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 341 – 96, ibíd.

siderado por el estatuto como falta disciplinaria; lo mismo que incluye las sanciones y el proceso disciplinario que debe surtir, esto es, el conjunto de disposiciones sustanciales y procesales que garantizan el debido proceso y el procedimiento a través del cual se deduce la responsabilidad disciplinaria.

Dice que gran parte de los cometidos estatales deben ser realizados por la Administración Pública, lo que impone la necesidad de que la actividad de los servidores estatales se adecue a los imperativos de eficacia, eficiencia y moralidad. Estima que así se asegura el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y preservación de los recursos públicos y la buena imagen de la Administración.

En la sentencia C – 386 – 96¹², indica que uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no solo deben estar descritas en norma previa, sino que las sanciones deben estar igualmente predeterminadas.

Reitera en la sentencia C – 597- 96¹³ que el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, al cual se aplican, *mutatis mutandis*, los principios del derecho penal, pues las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se consagran para proteger los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora del Estado, por lo cual opera con algunos matices.

2.4. Diferencias entre el derecho penal y el disciplinario

Este es un tema que despierta permanentes discusiones, dadas las semejanzas que existen entre uno y otro derecho, derivadas del tronco común de donde provienen y de las relaciones que los unen, al formar parte ambos del denominado *ius puniendi* del Estado, el cual es visto como la facultad de la que este dispone para imponer sanciones a sus asociados, como parte del control social que encuentra necesario ejercer para mantener el orden y la convivencia.

No obstante las semejanzas, también se acepta que son amplias las diferencias que surgen entre uno y otro derecho, labor en la que en más de una ocasión se ha empeñado la Corte Constitucional, tratando de establecerlas.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C – 386- 96. M.P. Alejandro Martínez C.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C – 597- 96. M.P. Alejandro Martínez C.

Es así como en su sentencia C – 427 de 1994, indica que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el disciplinario, en lo que tiene que ver con la definición y determinación de la conducta prohibida por la ley –tipicidad–, así como respecto de la responsabilidad del implicado y de la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y en el juzgamiento de las conductas ilícitas y respecto de la aplicación de las sanciones.

Dice que no obstante esto, de ello no se sigue que se trate de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general y las sanciones, por sus particulares contenidos, difieren en uno y otro régimen.

Agrega que la prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que la falta disciplinaria busca proteger el desempeño del servicio público, con miras al cumplimiento de la función pública.

Es así como indica al respecto:

“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”¹⁴.

En este pronunciamiento, se sientan bases respecto de las diferencias que existen entre régimen penal y disciplinario, en especial en lo que tiene que ver con aspectos como la tipificación de las conductas, dándose por entendido que en materia disciplinaria, los tipos son abiertos, flexibles, normalmente de remisión, los que deben complementarse con otras normas, en particular contenidas en reglamentos. De allí que el artículo 123 de la Cons-

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 427 – 94. M.P. Fabio Morón D.

titución disponga que los servidores públicos deben atender la Constitución, la ley y los reglamentos, en el desempeño de sus funciones.

En cuanto a las semejanzas y diferencias que encuentra la Corte entre uno y otro régimen, anota igualmente que

- Las sanciones penales se dirigen por lo general a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, en tanto que las sanciones disciplinarias tienen que ver con aspectos relacionados con la función pública que deben cumplir sus servidores, por lo que las sanciones incluyen llamadas de atención, suspensiones o separaciones del servicio, lo que le impone al acto sancionatorio un carácter independiente.

- Encuentra también que por la razón que se acaba de consignar, es posible imponer sanción disciplinaria con independencia de la penal que por esos mismos hechos se pueda aplicar.

- En torno a ciertas expresiones utilizadas dentro del régimen disciplinario, las que son catalogadas de generales e imprecisas, señala que las causales que interesan finalísticamente a una lógica del tratamiento del gobierno de la función pública y del interés general tienen normalmente en sus contenidos elementos como los de “las buenas costumbres”, “la moral”, el “mal comportamiento social”, en donde el poder disciplinario encuentra su soporte.

- Considera igualmente admisible que en materia disciplinaria se presenten tipos abiertos, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas que subsuma en su integridad todos aquellos comportamientos que pueden afectar o desatender la adecuada prestación de las funciones o servicios públicos.

- Trae al respecto jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de junio de 1975, donde se dice que las faltas disciplinarias no son diseñadas con el mismo pormenor que las acciones delictuales y de ordinario se las señala en diversos ordenamientos por vía genérica, lo que da un margen de apreciación al momento de calificarlas, aceptándose que quien debe sancionarlas puede decidir si se justifica o no la reprensión disciplinaria.

- En esa misma sentencia la Corte Suprema indica que las reprensiones disciplinarias además de latas se refieren siempre a la calidad del inculpado como funcionario, de tal manera que apenas afectan su relación con el ser-

vicio público o con la actividad que atienden, reiterando igualmente que la sanción disciplinaria es independiente de la penal, de tal suerte que el investigado puede ser sancionado por sus conductas en lo que tiene que ver con el servicio; en tanto lo que hace relación con la comisión de delitos es a la jurisdicción respectiva a la que corresponde decidir sobre ellos, pudiendo ser sancionado por ambas conductas.

Al respecto expresó también la Corte en su sentencia C – 597- 96¹⁵ que a pesar de formar estas disciplinas parte del *ius puniendi* del Estado, y pese a considerar que al disciplinario se aplican principios del derecho penal, estos no se aplican en la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no deben ser desestimadas.

Es así como en el derecho penal se afectan derechos tan esenciales como el de la libertad y que sus mandatos se extienden a todas las personas, por lo que es natural que en este campo se apliquen con máximo rigor las reglas del debido proceso, en tanto otros derechos sancionadores no solo no afectan la libertad física, sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, como los servidores públicos.

En la sentencia C – 948 – 02¹⁶, la Corte precisa aspectos propios del derecho disciplinario, en relación con el derecho penal, al señalar que es imposible trasladar íntegramente los principios del derecho penal al disciplinario, que el fundamento de la responsabilidad disciplinaria es el incumplimiento de los deberes funcionales y la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de faltas denominado de *numerus apertus*, opuesto al sistema de *numerus clausus* o números cerrados que caracteriza el derecho penal.

Lo anterior lleva al alto tribunal a precisar que el derecho disciplinario goza de autonomía, en consideración a que los objetivos perseguidos por la ley disciplinaria son diferentes a los buscados por el régimen penal, reafirmando que el primero tiene por objeto la prevención y buena marcha de la gestión pública al igual que la garantía del cumplimiento de las funciones y fines del Estado, en relación con las conductas de los servidores públicos que las afecten o pongan en peligro.

¹⁵ Corte Constitucional. C – 597- 96, ibíd.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 948 – 02. M.P. Álvaro Tafur G.

Al respecto toma en consideración la especial sujeción que tienen los servidores públicos al Estado, por razón de la relación jurídica que surge a través de la atribución de una función pública. Dice también que en cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las funciones o cargos públicos, los servidores no se pueden distanciar del objetivo principal para el que han sido instituidos, de servir al Estado y a la comunidad conforme lo dispongan la Constitución, la ley y el reglamento.

Dice también 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, interesando las faltas al derecho disciplinario, en tanto interfieren tales funciones. Agrega en esta oportunidad que los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones públicas, apareciendo como consecuencia de ese principio la necesidad de castigo de las conductas que atenten contra tales presupuestos que son entre otras la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia.

De acuerdo con esto, encuentra también que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, deberes, mandatos, estimando que la infracción disciplinaria supone la existencia de un deber, y siempre genera una respuesta represiva del Estado.

2.5. Principios del derecho disciplinario

2.5.1. *In dubio pro disciplinado*

Respecto de este principio, debe decirse que el artículo 9º de la ley disciplinaria actualmente vigente dispone que toda duda razonable debe resolverse a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

Con fundamento en el mismo, la Corte Constitucional, en su sentencia C-406 de 1995¹⁷, al referirse a una expresión similar contenida en el decreto ley 398 de 1994, señala que debe entenderse que una vez surtidas todas las etapas del proceso, si persisten dudas acerca de la ocurrencia de los hechos investigados y de su autoría, y ellas no se han podido eliminar a pesar de los esfuerzos realizados por el funcionario investigador, opera el principio según el cual la duda se resolverá a favor del investigado.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 406 – 95. M.P. Fabio Morón D.

Este principio lo ve ligado al de presunción de inocencia, regla fundamental del derecho constitucional procesal, denominándolo en este evento: *in dubio pro disciplinado*, principio según el cual los funcionarios investigadores tienen el deber de adelantar la investigación sobre todos los aspectos que incidan en los hechos materia de cuestionamiento, pero con particular énfasis en la presunción de inocencia que rodea al funcionario investigado.

Dice finalmente que la aplicación de ese principio obliga a hacer obrar el beneficio de la duda a favor del funcionario, hasta cuando quede debidamente descartada, de conformidad con las reglas del proceso.

2.5.2. *No reformatio in pejus*

En la sentencia C – 406 – 95, al referirse al principio denominado *no reformatio in pejus*, precisa que el mismo está consagrado en el artículo 31 constitucional, señalando, en relación con el artículo demandado, que el superior no puede decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada, por lo que encuentra inconstitucional esa previsión.

En este evento la Corte cataloga estas actuaciones como administrativas de naturaleza disciplinaria, donde el superior no puede desconocer el régimen del debido proceso y del derecho de defensa, el cual, como lo establece el artículo 29 constitucional, se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Agrega que por esto el superior no se puede apartar del pliego de cargos, ni desconocer las pruebas aportadas por los sancionados, ni dejar de practicar las pruebas pertinentes y conducentes pedidas por el investigado.

Sostiene que no obstante tratarse de un régimen distinto del penal, y que en su desarrollo no se impone una condena ni una pena en sentido exacto, ni se produce una sentencia judicial, sino apenas se surte un procedimiento administrativo, y se imponen sanciones administrativas de naturaleza disciplinaria, en todo caso debe tenerse en cuenta el principio de la *no reformatio in pejus*.

Considera que con fundamento en lo anterior, no le es dado al superior agravar la pena impuesta por el inferior.

2.5.3. Control disciplinario interno y externo

Ha sido establecido que en materia de control disciplinario existe uno denominado interno, derivado del principio de autotutela, según el cual es a las

propias entidades a las que les corresponde velar porque sus funcionarios cumplan bien sus funciones, por lo que están obligadas a tener sus propios sistemas de control disciplinario, denominado control disciplinario interno.

Este sistema debe estar organizado de tal forma que garantice que quien desempeña esas funciones en la entidad esté por lo menos al mismo nivel jerárquico de los funcionarios de más alto rango que debe controlar. De igual manera, se entiende que en todos los casos la facultad de decidir en última instancia respecto de la separación definitiva del funcionario de la entidad debe ser de quien tiene la capacidad nominadora, en aplicación del principio de que la facultad para separar al funcionario de la entidad es del mismo que la tiene para incorporarlo.

También vela este control disciplinario interno para que en la entidad pueda cumplirse el principio de las dos instancias, para garantizar que la persona que está siendo investigada pueda recurrir a una instancia más elevada, en procura de que se revisen las actuaciones de la primera instancia, lo que implica superioridad desde el punto de vista funcional o jerárquico, para que pueda examinar esas decisiones y llegado el caso, modificarlas o revocarlas.

Paralelo al control disciplinario interno marcha el denominado control disciplinario externo, por el cual se asigna a un órgano exterior a la entidad, el poder y la facultad para adelantar investigaciones disciplinarias y para imponer las sanciones que provea el ordenamiento.

Este poder, denominado inicialmente prevalente y ahora con mayor propiedad preferente, acorde con los términos de las disposiciones constitucionales, radica en la Procuraduría General de la Nación y por él, este organismo puede asumir cualquier investigación de las que tramitan las oficinas de control disciplinario interno. Como se verá a continuación, ese poder tiene ciertas y determinadas características.

Respecto de los dos sistemas de control disciplinario y del poder preferente, en su sentencia C – 229 – 95, la Corte Constitucional estableció entre otras las siguientes circunstancias¹⁸:

- Dice en primer lugar que el control disciplinario tiene dos grandes ámbitos de aplicación. Por un lado, la potestad sancionadora de la Administración, de carácter interno, con fundamento en la cual la propia entidad, a través del

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 229 – 95. M.P. Alejandro Martínez C.

superior jerárquico o del nominador, investiga la conducta administrativa de su subordinado y en caso de ser procedente, adopta y hace efectiva la sanción correspondiente.

- Esta potestad interna de control surge de la condición de organización jerarquizada de la administración y se traduce en una facultad de sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones y omisiones antijurídicas. La misma se constituye en un complemento de la potestad de mando, y ambas tienen por objeto asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.

- Agrega en esa sentencia que al lado del poder disciplinario interno, la Constitución consagra un poder disciplinario externo, conocido tradicionalmente como la potestad de supervigilancia disciplinaria, atribuido a la Procuraduría General de la Nación.

Sostiene la Corte Constitucional en su sentencia C – 1061 – 03¹⁹ que el control disciplinario interno es necesario e indispensable en la Administración Pública para poder garantizar que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades. Reitera igualmente la existencia de dos niveles de control, el interno, que ejerce la propia entidad, y el externo, que la Constitución le asigna a la Procuraduría General de la Nación.

Señala que el control interno es una consecuencia de la situación de sujeción y de subordinación jerárquica en que se encuentran los servidores públicos, para mantener el orden y para garantizar que respondan a las finalidades del Estado.

En ese sentido, este control interno está confiado a los respectivos superiores jerárquicos, quienes tienen la responsabilidad de velar para que las actividades de la respectiva entidad se orienten a los fines del servicio público que le son propias.

De conformidad con la ley, el control interno se ejerce por una oficina, la que tiene a cargo conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios. Cuando por razones funcionales no sea posible establecer la oficina de control interno, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia la tendrá el superior de aquel.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 1061 – 03. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

2.5.4. Poder preferente

Dice la Corte en la sentencia C – 229 – 95 que esa potestad de supervigilancia disciplinaria, como lo señala la norma constitucional, es prevalente, por lo que la Procuraduría puede desplazar al nominador o jefe superior del investigado para asumir dicho organismo la función, la cual comprende no solo la facultad de adelantar la investigación, sino de imponer la sanción que corresponda.

- Para poder aplicar la sanción, la Corte recuerda que este organismo es de carácter autónomo, el cual no está situado en ninguna de las tres ramas del poder público, organismo que tiene un supremo director, que lo es el Procurador General de la Nación. Resalta que la Constitución de 1991 marca un cambio fundamental con la figura de la anterior Constitución y que en ésta se le asigna de manera específica la facultad de imponer sanciones a los servidores públicos.

- Por lo anterior encuentra que la única interpretación aceptable es la de que el Procurador y sus delegados o agentes no solo pueden adoptar la decisión que corresponda, sino que la pueden hacer efectiva.

2.6. Destinatarios de la ley disciplinaria

2.6.1. Empleados públicos

En la sentencia C – 280 de 1996²⁰, la Corte se ocupa de precisar quiénes son los destinatarios de la ley disciplinaria, diciendo al respecto que son los servidores públicos, esto es, aquellas personas que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluidas las relaciones derivadas de un contrato de trabajo, lo que significa empleados públicos y trabajadores oficiales.

Dice que 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 particular situación en la que se presenta el enlace entre la Administración y dicha persona. Sostiene que 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.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 280 – 96. M. P. Alejandro Martínez C.

2.6.2. Trabajadores oficiales

Indica igualmente en esta sentencia C – 280 – 96 que dicho régimen es aplicable a los trabajadores estatales, en tanto estos están vinculados con un contrato de trabajo que los subordina al Estado, por lo que juzga que estos están sometidos igualmente al régimen disciplinario, lo que no encuentra caprichoso, sino que deriva de las funciones de interés general que cumplen estos trabajadores, por lo que ve razonable que dicho régimen no sea materia de un acuerdo de voluntades entre estas partes, sino que sea impuesto de manera unilateral por el Estado, al estar en juego valores sociales que desbordan los intereses particulares de estos trabajadores.

2.6.3. Trabajadores del Banco de la República

En la sentencia C – 341 – 96, al referirse a los trabajadores del Banco de la República, precisa que el régimen disciplinario se aplica igualmente a estos trabajadores, tomando en cuenta que el artículo 123 de la Constitución establece la noción genérica de servidores públicos, bajo la cual caen los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, así como de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, señalando que el Banco de la República es un órgano autónomo, pero que dicha autonomía debe entenderse referida a su condición de entidad sui generis, sometida a un régimen legal propio para lo que tiene que ver con el ejercicio de sus funciones especiales.

Considera que en todo caso esa autonomía debe verse dentro del marco de la Constitución y la ley, por lo que no encuentra que el Banco deba estar exento de controles y al estimar que este cumple funciones públicas, sus trabajadores deben considerarse igualmente servidores públicos, que desempeñan labores bajo una relación de trabajo subordinada, regida por el Código Sustantivo del Trabajo, conforme lo ha dispuesto la ley, lo que no impide que a estos trabajadores se les apliquen las normas del régimen disciplinario.

Para ello toma en cuenta además que ni en sus estatutos ni en otras disposiciones que rigen esa institución aparece que sus trabajadores deban estar excluidos del régimen disciplinario y no encuentra norma que disponga que estén sometidos a un régimen disciplinario especial.

Estima que tampoco existe razón ni disposición para que estos trabajadores no estén sometidos al poder preferente que ejerce el Procurador General de la Nación.

2.6.4. Diputados de las asambleas departamentales

En su sentencia C – 426 – 96²¹, la Corte, al referirse a los diputados de las asambleas departamentales, determina que el nuevo estatuto disciplinario (se refiere en este caso a la Ley 200 de 1995) vino a regular el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, que hace parte de su régimen disciplinario y tiene como propósito fundamental asegurar la imparcialidad, celeridad, transparencia, eficacia y moralidad que debe guiar la actividad, conducta y acción de estos servidores públicos, como garantía del cumplimiento de los fines del Estado por parte de estos.

2.6.5. Funcionarios y empleados judiciales

En la sentencia unificada SU-637-96²², la Corte, al resolver una acción de tutela, empieza por precisar que ya se había pronunciado en su sentencia C – 037- 96, relacionada con la ley estatutaria de la administración de justicia, precisando que el régimen disciplinario se aplica a los funcionarios judiciales.

Considera que fue intención del legislador al adoptar el CDU eliminar todos los regímenes especiales disciplinarios y unificar la materia bajo un solo estatuto, estimando que dicha ley disciplinaria se aplica a todos los servidores públicos.

Al examinar argumentos expuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, según los cuales los funcionarios judiciales gozan de un fuero disciplinario especial, puntualiza, como lo ha hecho en otras sentencias, que solo gozan de fuero disciplinario los funcionarios previstos en el artículo 174 constitucional, no encontrando aplicable éste a los demás funcionarios de la rama judicial²³.

Dice también que el artículo 111 de la ley estatutaria establece que los actos del Consejo Superior de la Judicatura –y de sus Consejos Seccionales, se entiende–, tienen carácter jurisdiccional y contra ellos no procede recurso alguno, pero que por el hecho de constituir sentencias judiciales, nada se opone a que las normas del CDU sean aplicadas a los procesos disciplinarios que adelante este organismo, como lo decidió el Congreso, investido de la facultad de establecer el régimen disciplinario de los servidores públicos.

²¹ Corte Constitucional. C – 426 – 96. M.P. Hernando Herrera V.

²² Corte Constitucional. Sentencia SU-637-96. M.P. Eduardo Cifuentes M.

²³ Más adelante se precisa lo referente al fuero disciplinario.

En su sentencia C – 948 – 02²⁴, la Corte Constitucional hace varias precisiones respecto a la competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a los servidores de la rama judicial.

Al respecto reitera: la distinción que se debe hacer entre empleados y funcionarios de la rama judicial; la existencia de un fuero especial en materia disciplinaria para determinados funcionarios, a los que no se aplica el régimen general previsto para los demás servidores; el carácter jurisdiccional de las decisiones disciplinarias que profieren el Consejo Superior y los Consejos Seccionales de la Judicatura; por esta misma razón, esas decisiones no quedan sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa; y la aplicabilidad de las normas del Código Disciplinario Único a los servidores judiciales, entre otras características.

Respecto de estos servidores, precisa que no gozan de un fuero especial en materia disciplinaria, pero concluye que fue clara la intención del constituyente para que estuvieran sometidos a la competencia propia de la jurisdicción disciplinaria, establecida expresamente para el efecto en la propia Constitución, en consideración a las especiales funciones que cumplen sus servidores, jurisdicción que recae en el Consejo Superior y en los Consejos Seccionales de la Judicatura.

En esta sentencia la Corte recobra sus anteriores posturas y entra a puntualizar el alcance de los artículos 256 y 254 constitucionales, al igual que otras disposiciones de ese ordenamiento, en especial las que tienen que ver con las atribuciones de la Procuraduría, para concluir que la intención del constituyente fue la de que estos funcionarios estuvieran sometidos a esa especial jurisdicción. Reitera sin embargo que no es igual la situación en lo que tiene que ver con los empleados de la rama judicial, por estimar que esa jurisdicción especial es específica para quienes cumplen la función judicial, por lo que para aquellos sí rige la facultad de la que dispone la Procuraduría, para el ejercicio del poder preferente.

2.6.6. Particulares que desempeñan funciones públicas

En su sentencia C – 286- 96²⁵ retoma el tema de los particulares y agrega que el fundamento de la aplicación del régimen disciplinario a los servidores públicos, al cual quedan sometidos automáticamente de acuerdo con los

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 948 – 02. M.P. Álvaro Tafur G.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 286 – 96. M.P. José Gregorio Hernández.

términos previstos en la Constitución y la ley es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura radicada en el sujeto.

En sentido contrario, dice que el particular no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado, ni percibe de él salario o asignación, por lo que no está sujeto en principio al régimen disciplinario y su responsabilidad proviene únicamente de la trasgresión de la Constitución y de la ley.

Reconoce que no obstante esto, la separación absoluta entre actividades públicas y privadas hace mucho tiempo desapareció de nuestro ordenamiento, lo que ha dado paso a una concepción material de la cosa pública, a una creciente participación de todos, de donde resulta que la Constitución ha previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos, sin que por ello pierdan su condición privada.

Dice que desde luego ese ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de responsabilidades, estimando que el fundamento de esa responsabilidad del particular es material y en este caso la aplicación del régimen disciplinario es objetiva, ya que ni uno ni otro atienden al estado o condición de quien actúa, sino a la función pública que les ha sido encomendada y al interés público que les es inherente.

Anota en esta oportunidad que cambia así sustancialmente la interpretación del artículo 6º constitucional, señalando que a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponden a organismos y funcionarios estatales no puede ser mirado bajo la óptica de los demás particulares.

Estima que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue a convertirse por ello en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo.

Reitera que el ejercicio de funciones públicas por particulares no incluye para los fines disciplinarios las relaciones contractuales entre el Estado y las personas privadas, pues estas son independientes en cuanto no las liga ninguna clase de subordinación.

Dice entonces que en relación con los particulares que estén sometidos a la ley disciplinaria, la ley debe establecer el régimen que los cubra, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las sanciones pertinentes, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen propio de los servidores públicos.

En su sentencia C – 037 – 03²⁶, la Corte Constitucional empieza por señalar que la responsabilidad en el cumplimiento de los fines sociales del Estado no les corresponde únicamente a los servidores públicos, sino que también recae en los particulares, como consecuencia de una serie de obligaciones y tareas que estos asumen, que antes eran de competencia exclusiva de las autoridades estatales. Dice también que por razón de disposiciones constitucionales, hay igualmente un sinnúmero de actividades en las que los ciudadanos contribuyen para el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

Con fundamento en esto, señala que como expresión auténtica del principio de participación, los particulares pueden ser encargados del ejercicio directo de funciones públicas, lo que encuentra consonante con el concepto de Estado social de derecho. Indica también que está previsto en la misma Constitución que los particulares puedan desempeñar igualmente funciones administrativas, como se prevé en el artículo 210 de la Constitución.

Adentrándose en el campo de la responsabilidad, señala también que por el hecho de que se asigne a los particulares funciones públicas no se modifica su estatus de particulares ni por ese solo hecho se convierten en servidores públicos, resaltando que no obstante esto, es apenas natural que por el ejercicio de esas funciones adquieren un mayor compromiso con el Estado y la sociedad.

Añade en esta sentencia que al particular que cumple funciones administrativas, en relación con estas se le aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos. Considera igualmente que bajo esas circunstancias, responde también por acción, omisión y extralimitación en lo que tiene que ver con el ejercicio de esas funciones.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 037 – 03. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Establece también una diferencia entre quienes desempeñan funciones públicas y quienes prestan un servicio público, que en sí mismo no implica ejercicio de función pública. Diferencia igualmente en relación con quienes contratan con el Estado, pero no asumen funciones públicas, porque solo en contadas circunstancias un contrato implica el ejercicio de funciones públicas, cuando se asumen prerrogativas propias del poder público.

Con base en esto concluye que solo en los casos en que la Constitución y la ley lo establecen en relación con el ejercicio de funciones públicas, los particulares responden de la manera especial como se ha indicado. A continuación en esta sentencia hace un recuento de lo que ha considerado la Corte respecto de la responsabilidad disciplinaria de los particulares, para concretar los distintos aspectos según lo siguiente:

- El criterio esencial para determinar si un particular es sujeto del régimen disciplinario lo constituye el hecho de que cumpla o no funciones públicas.
- La Constitución distingue claramente entre función pública y servicio público y les asigna contenido y ámbito normativo diferentes, por lo que no es posible asimilar dichas nociones.
- La Constitución utiliza el término función pública para identificar las actividades del Estado y para determinar las competencias de los distintos órganos estatales.
- Considera que la función administrativa es una especie dentro del género funciones públicas.
- Las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas. En ese sentido, servidor público es todo el que desempeña una función pública, encontrándose bajo dicho concepto los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
- La posibilidad de desempeñar funciones públicas recae también en los particulares, en los casos en que puedan investirse de la autoridad del Estado.
- Encuentra que la función pública se manifiesta a través de mecanismos que requieren las potestades públicas y que implican en general el ejercicio de la autoridad inherente al Estado.

- Las funciones públicas les corresponde ejercerlas ordinariamente a los servidores públicos y excepcionalmente a los particulares.

- Para efectos del control disciplinario, el mismo sólo procederá respecto de los particulares, en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como la exteriorización de las potestades inherentes al Estado, traducidas generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y el ejercicio de coerción.

- Con base en estas consideraciones establece que el criterio que debe seguirse para determinar si la actividad que desempeña un particular entraña el ejercicio de funciones públicas, es el material, es decir, que debe tomarse en cuenta no el tipo de relación que puede existir entre el particular y el Estado sino el contenido de la función que le haya sido encomendada, la que de considerarse el ejercicio de una función pública, implica la aplicación de la ley disciplinaria.

2.7. Fuerza Pública

2.7.1. Régimen disciplinario especial para los miembros de la Fuerza Pública

La Corte Constitucional ha estimado, con fundamento en particular en los artículos 217 y 218 de la Constitución, que es posible que por las especiales funciones que cumplen ciertos servidores públicos, como en el caso de los miembros de la fuerza pública²⁷, existan disposiciones disciplinarias especiales para ellos, por razón de dichas funciones.

En la sentencia SU-637- 96²⁸, precisó que el CDU se aplica a todos los servidores públicos, con excepción de los miembros de la fuerza pública, lo cual no implica que para las diferentes ramas y órganos del Estado no se puedan dictar normas disciplinarias propias, conforme a sus funciones.

Dice en este sentido que la Ley 200 de 1995 –vigente para ese momento, materia del juicio de constitucionalidad– es el marco general disciplinario, pero que se pueden crear normas disciplinarias específicas, de acuerdo con las particularidades de la rama del poder público y las funciones de cada ór-

²⁷ La fuerza pública la integran los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional.
²⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-637- 96. M.P. Eduardo Cifuentes M.

gano. Agrega que de hecho la ley estatutaria de la administración de justicia contiene importantes disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades, derechos, deberes y prohibiciones.

Señala que en caso de que se dicten tales normas especiales, dado que el CDU dicta las normas generales del régimen disciplinario aplicable a todos los servidores públicos, los regímenes especiales deben construirse e interpretarse sobre esos fundamentos comunes, de tal manera que debe decirse que dichos regímenes deben ser complementarios del general.

En la sentencia C – 431 – 04²⁹, la Corte Constitucional reitera que el artículo 217 de la Constitución establece un régimen disciplinario especial para las fuerzas militares, reiterando que lo especial de este régimen, frente al general aplicable al resto de los servidores públicos, consiste en la consagración de una serie de faltas y sus correspondientes sanciones, que resultan diferentes de las que pueden imponerse a la generalidad de los servidores públicos, lo cual se justifica por las especiales actividades que les corresponde cumplir a los miembros de las fuerzas militares. Señala que lo anterior no impide en ningún caso que estos servidores estén sometidos igualmente al régimen disciplinario general que rige para el resto de los funcionarios.

Reafirma igualmente, como lo ha hecho en anteriores pronunciamientos, que lo especial recae en la parte sustantiva, esto es, en el catálogo de faltas y de sanciones, pero no en el aspecto procesal, es decir en lo que tiene que ver con la ritualidad en el procedimiento para aclarar las actuaciones, en la investigación y en el pronunciamiento de la decisión a la que haya lugar, en donde les son aplicables las normas generales de procedimiento.

Insiste en que el régimen especial no puede ser para cualquier tipo de falta, sino únicamente para aquellas relacionadas con la función militar, cuya comisión afecta directamente el servicio público encomendado a tales fuerzas. Dentro de este entendido, señala también que los regímenes disciplinarios no pueden elevar a la categoría de falta cualquier comportamiento, sino exclusivamente los que afectan los deberes funcionales que tienen asignados como servidores públicos.

En la sentencia C – 796 – 04³⁰, al referirse al régimen disciplinario especial que la Constitución prevé igualmente para la Policía Nacional, señala que el mismo tiene su fundamento en el artículo 218 Constitucional, lo cual se

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 431 – 04. M.P. Marco Gerardo Monroy C.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 796 – 04. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

justifica por la particular actividad que les corresponde cumplir a sus miembros en la conservación del Estado de derecho, las que en ningún caso se identifican con las asignadas a otras entidades del Estado.

Recuerda que el régimen disciplinario especial reconocido a los miembros de la fuerza pública hace parte integral del derecho disciplinario general que rige para los demás servidores del Estado.

2.7.2. El fuero militar no implica fuero disciplinario

De conformidad con lo previsto en los artículos 217 y 218 de la Constitución, la ley establecerá el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que es propio de las fuerzas militares y de la policía nacional. Con base en ello se presenta una demanda de inconstitucionalidad contra una disposición que regula la actuación de la Procuraduría sobre los miembros de esas instituciones, por considerar el demandante que existe un fuero disciplinario para los miembros de esas instituciones, según lo colige de las referidas disposiciones constitucionales.

Al respecto, en su sentencia C – 152 de 1993³¹, la Corte Constitucional precisa que de esas disposiciones no puede deducirse que a esos funcionarios los cobija un fuero disciplinario, como lo pretende el demandante, no obstante lo cual es cierto que pueden ser objeto de un régimen disciplinario especial.

En esta sentencia hace precisiones respecto de los siguientes aspectos:

- Resalta la facultad especial de la que goza la Procuraduría General de la Nación, de ejercer el poder disciplinario, el cual denomina prevalente.
- Lo anterior hace que la Procuraduría sea el ente encargado de ejercer la potestad disciplinaria sobre todos los servidores estatales.
- Indica igualmente que los miembros de las fuerzas militares son servidores estatales. En consecuencia, establece que el régimen disciplinario recae sobre todos los servidores públicos de las distintas entidades y organismos del Estado, de todos los niveles, lo mismo que los del orden territorial y aun sobre algunos particulares, bajo ciertas y determinadas condiciones.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 152- 93. M.P. Carlos Gaviria D.

- Señala que la destitución es uno de los asuntos que corresponde al régimen disciplinario, lo que se puede hacer según el procedimiento previsto, el cual debe seguirse.
- Estima que esa facultad incluye la posibilidad de destituir a los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional.
- Lo anterior tiene importancia en cuanto lleva a precisar que los miembros de estas instituciones (fuerzas militares y policía nacional), lo mismo que algunos otros que tienen previstos regímenes especiales, ostentan la doble condición de servidores públicos y de miembros de la entidad u organismo al que pertenecen, lo que conduce a que estén sometidos a un régimen más estricto, el cual comprende las normas especiales que rigen para ellos, lo mismo que las generales que rigen para todos los servidores públicos.
- Trae a colación jurisprudencia anterior de la Corte Suprema de Justicia, donde se precisa el alcance de la función que cumple la Procuraduría, retomando la que corresponde a supervigilar o vigilar con mayor poder y a prevención la conducta de los funcionarios públicos.
- Examina las disposiciones de la nueva Constitución y subraya el carácter que en ellas se le da a la Procuraduría, que ahora se instituye como un órgano de control, de carácter autónomo, al igual que lo que tiene que ver con el poder preferente que se le reconoce, el cual tiene además la característica de ser superior.
- Aun cuando no lo menciona de manera expresa en esos términos, establece la distinción entre el control disciplinario interno, que descansa en los jefes inmediatos o superiores de la entidad, y el externo, que ejerce la Procuraduría, señalando que en caso de existir ambas investigaciones, prevalece la que surte la Procuraduría, en cuyo evento está sin embargo obligada esta entidad a comunicar esa situación a la entidad.
- Recalca que los miembros de las fuerzas militares, como empleados públicos que son, también están sujetos a la potestad disciplinaria preferente de la Procuraduría General de la Nación.
- En lo que tiene que ver con el fuero alegado, luego de hacer un análisis de los casos en que la Constitución consagra el mismo para ciertos servidores, el cual tiene por objeto hacer que el juzgamiento de las conductas en que incurran los aforados sea hecho por autoridades distintas de las ordinarias,

señala, en lo que hace relación con el artículo 217 citado, que el mismo no establece ningún fuero disciplinario en favor de los miembros de esas fuerzas, sino que prevé un régimen disciplinario especial, del cual a su juicio no se desprende un fuero.

- En relación con ese régimen, dice que el mismo tiene su razón de ser en la clase de función o servicio público que cumplen estos servidores, que en el caso de las fuerzas militares no es otro que la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, lo que hace que la disciplina castrense y la responsabilidad de cada uno de sus miembros difieran de las de cualquier otro servidor público.

- Agrega que cuando existe un régimen especial, el mismo prevalece sobre el general, por lo que si las fuerzas militares tienen un régimen disciplinario de esa naturaleza, ello significa que el mismo se aplica únicamente a sus miembros, por los procedimientos y autoridades previstos, siempre que sus disposiciones no sean contrarias al ordenamiento constitucional.

- Concluye que como los miembros de las fuerzas armadas no gozan de fuero disciplinario de orden constitucional, sobre los mismos recae igualmente la potestad disciplinaria preferente que ejerce la Procuraduría General de la Nación y que ellos, al igual que los demás servidores, pueden ser investigados disciplinariamente, tanto por sus propias autoridades como por la Procuraduría, así como pueden ser objeto de las sanciones previstas en las leyes que rijan sobre el particular.

2.8. Fuero disciplinario

2.8.1. De los magistrados de las altas cortes y de otros funcionarios

La discusión se origina por el cuestionamiento que se hace a unas disposiciones de rango legal, por las cuales se asigna al Consejo Superior de la Judicatura la competencia para resolver mediante sentencia los procesos disciplinarios que esa corporación surte sobre funcionarios y empleados de la rama judicial, así como para conocer en única instancia de los procesos disciplinarios que adelante contra los magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General de la Nación³².

³² Corte Constitucional. Sentencia C – 417- 93. M.P. José Gregorio Hernández G.

Para resolver el punto, la Corte Constitucional empieza por señalar que la Constitución ha establecido un fuero especial en lo que a juzgamiento de los altos funcionarios se refiere. Recuerda que de conformidad con el artículo 174 de la Carta, le corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, miembros del Consejo Superior de la Judicatura y Fiscal General de la Nación.

Norma que se encuentra en concordancia con lo que dispone el artículo 178 de la Carta, respecto a la acusación que puede formular la Cámara de Representantes contra esos funcionarios, cuando hubiere causas constitucionales para hacerlo, así como le corresponde conocer de las denuncias y quejas que contra dichos funcionarios presenten ante esa Cámara el Fiscal General de la Nación o los particulares y si prestan mérito, con base en ellas, formular acusación ante el Senado.

De allí concluye que esos altos funcionarios, dada su investidura y la autonomía que reclama el ejercicio de sus funciones, únicamente están sometidos al escrutinio y juicio del Senado de la República y al de la Corte Suprema de Justicia cuando se trate de la comisión de delitos.

Juzga, en consecuencia, que los altos funcionarios de esas instituciones están excluidos del poder disciplinario del Consejo Superior de la Judicatura y que el mismo reposa en manos del Senado, ante el cual le corresponde al Procurador General de la Nación, como lo precisa el artículo 278, numeral 2 de la Carta, “emitir concepto en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial”.

Para concluir que de acuerdo con la nueva Constitución, no resultan equiparables las funciones que cumplía el anterior Tribunal Disciplinario, el cual tenía asignada la función de vigilar la actuación disciplinaria de los magistrados de las altas cortes, con las atribuidas al Consejo Superior de la Judicatura, a quien encuentra que la Constitución no le entregó esa atribución.

2.8.2. Fuero disciplinario del Fiscal General de la Nación

En relación con ese mismo fuero y en particular del que cobija al Fiscal General de la Nación, aparte de lo anotado en la sentencia C – 417 – 93 que se acaba de mencionar, dijo igualmente en su sentencia C – 558

– 94,³³ lo siguiente respecto del fuero disciplinario que cobija a ciertos funcionarios:

- Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, el Fiscal General y el Presidente de la República gozan de fuero constitucional respecto del adelantamiento de investigaciones disciplinarias que se surtan en su contra, originadas en hechos o actuaciones de esos funcionarios en ejercicio de sus funciones.

- En consecuencia, por estos hechos y actuaciones solo pueden ser investigados por el Senado de la República, previa acusación que les formule la Cámara de Representantes.

- Dice que si la acusación se hace por delitos cometidos en desempeño de sus funciones o por indignidad por mala conducta, el Senado no puede imponer otra sanción que la de destitución del empleo o privación temporal o absoluta de los derechos públicos, lo que no impide que la Corte Suprema de Justicia le pueda seguir causa criminal por la comisión de los delitos en que ha incurrido.

- Precisa también que cuando se trate de la comisión de delitos comunes, le corresponderá al Senado decidir si hay lugar a formulación de causa, y en consecuencia deberá dejar al sindicado a disposición de la Corte Suprema de Justicia, que es la que tiene a su cargo adelantarla e imponer la sanción penal que corresponda.

- Reitera que corresponde entonces al Senado juzgar al Fiscal General de la Nación por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo y a la Corte cuando el mismo se halle incurso en la comisión de delitos comunes.

2.9. Contratistas no están sujetos al régimen disciplinario

En sentido contrario, ha dicho la Corte que los contratistas no son sujetos del régimen disciplinario³⁴, con base en los siguientes razonamientos:

Considera que en estos contratos no se presenta la relación de subordinación de una parte frente a la otra, elemento que considera determinante, como lo señaló en esta misma sentencia en relación con los servidores públicos.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C – 558 – 94. M.P. Carlos Gaviria D.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 280 – 96. M.P. Alejandro Martínez C.

Dice que entre el contratista y la Administración no existe subordinación, porque este presta sus servicios de manera autónoma, por lo que sus obligaciones son las que emanan del contrato y de la ley contractual y no de una relación laboral.

Determina que los vinculados por contratos de prestación de servicios son particulares contratistas y no servidores públicos, lo que no significa que respecto de ello la Administración carezca de instrumentos para garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales, pues para ello dispone de las previsiones que trae la ley de contratación administrativa.

2.10. Debido proceso

2.10.1. Principio de legalidad

Respecto del principio de la legalidad, en la sentencia C – 796 – 04³⁵ señaló también que constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de todos los asociados al permitirles conocer de manera anticipada las conductas que son reprochables y las sanciones que son aplicables, no siendo posible, a partir de este principio, adelantar una investigación y menos aún imponer una sanción, si el precepto y su correspondiente consecuencia jurídica no se encuentran previamente definidos en la ley.

El principio de legalidad busca proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad material de las personas frente al poder punitivo y sancionador del Estado.

2.10.2. Principio de tipicidad

Señala la Corte Constitucional en su sentencia C – 796 – 04³⁶, respecto del principio de tipicidad o taxatividad, que este constituye una concreción o una derivación del principio de legalidad, con base en el cual el legislador no solo está obligado a describir las conductas que califica como infracciones disciplinarias, sino que además debe hacerlo de manera completa, clara e inequívoca, de tal manera que sus destinatarios tengan certeza sobre los comportamientos ilícitos, es decir, que pueda saber con exactitud hasta dónde llega la protección jurídica de sus propias actuaciones.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 796 – 04. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 796 – 04. Ibid.

Al respecto señala que para que una norma de carácter sancionador se reputé válida, es necesario que su texto sea preciso, esto es, que incluya los elementos esenciales del tipo, como son la descripción de la conducta, la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos así como los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador al imponer en concreto el castigo, ya que solo de esa manera se logra restringir razonablemente el poder discrecional de la autoridad que detenta el poder sancionador.

Pese a lo anterior, reafirma lo que ha sostenido el alto tribunal respecto de la tipicidad en materia disciplinaria, cuando considera que en ésta el mismo opera con cierta flexibilidad frente a la forma estricta y rigurosa como opera en derecho penal, encontrando la razón de tal situación en el hecho de que en materia disciplinaria las conductas reprochables carecen normalmente de autonomía, estando descritas de manera incompleta, por lo que se hace necesario remitirse a otras preceptivas donde figura la orden o la prohibición, cuyo incumplimiento conlleva la sanción.

Para la Corte Constitucional la regla general en el derecho disciplinario es que la tipicidad de sus infracciones se regula por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria, lo cual comporta un método legislativo conocido como de normas en blanco.

2.10.3. Tipicidad de las faltas y las sanciones

Dice la Corte en la sentencia C – 280- 96³⁷ que el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionatorio, por lo que en este campo se aplican, *mutatis mutandis*, los principios del derecho penal al derecho administrativo disciplinario, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto a los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora del Estado.

Señala que uno de los principios esenciales en este campo es el de la tipicidad, según el cual no solo las faltas disciplinarias deben estar determinadas en norma previa, sino que la sanción debe estar predeterminada, por lo que

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 280 – 96. M.P. Alejandro Martínez C.

debe haber certidumbre sobre la sanción a imponer. Al respecto retoma la sentencia C – 417 – 93, para señalar que las normas que consagran las faltas deben estatuir con carácter previo los correctivos y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas.

Bajo este entendido no puede resultar indefinida la sanción que se prevea, siendo indispensable que la norma concrete la consecuencia sancionadora que comporta una imputación jurídica de una conducta reprochable disciplinariamente.

2.10.4. Principio del *non bis in idem*

Para la Corte Constitucional el principio del *non bis in idem* hace referencia a la seguridad jurídica y a la justicia material³⁸. De conformidad con esto, la persona puede esperar fundadamente que no podrá ser investigada nuevamente por hechos por los que ya lo fue, respecto de los cuales se produjo una decisión definitiva.

Señala la Corte que este principio forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reiterando como lo ha hecho la Corporación en fallos anteriores, que no puede entenderse este principio circunscrito al ámbito del derecho penal, sino que comprende todo el espectro del derecho sancionador del Estado y en consecuencia resulta aplicable al derecho disciplinario.

No obstante, precisa que lo anterior no debe entenderse como una prohibición para juzgar a una persona por unos mismos hechos, cuando se trata de diversas jurisdicciones, con distinto régimen sancionador. Señala también que no se debe olvidar que se trata de un derecho, de naturaleza fundamental y de aplicación inmediata. Indica que la disposición precisa igualmente que ese derecho comprende el de no ser juzgado dos veces, lo cual incluye las distintas etapas del juzgamiento y no solo la decisión final. Refrenda también en esta sentencia lo sostenido por esa Corporación en otras ocasiones, de que para que se configure este derecho, deben concurrir tres aspectos esenciales: identidad de causa, identidad de objeto e identidad de persona a quien se le hace la imputación.

En cuanto a la falta de identidad de causa, añade que ella no se presenta cuando difieren la naturaleza jurídica de las sanciones, su finalidad, el bien jurídico tutelado, la norma que se confronta con el comportamiento sancio-

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 870 – 02. M.P. Manuel José Cepeda E.

nable o la jurisdicción que impone la sanción. Conforme a esto, una misma conducta puede ser calificada jurídicamente de diversa manera por distintas codificaciones, dados los múltiples bienes jurídicos que protege el ordenamiento mediante regímenes que resultan concurrentes.

2.10.5. Alegatos de conclusión

En la sentencia C – 107 – 04³⁹ la alta corporación constitucional señala respecto del debido proceso:

La cabal realización del debido proceso implica la existencia previa de un régimen normativo que contemple todos los extremos de las potenciales actuaciones y procedimientos, que establezca y regule los principios, las hipótesis jurídicas y sus consecuencias, los actos y etapas, los medios probatorios, los recursos e instancias correspondientes, al igual que las autoridades competentes para conocer y decidir cada evento. Tales disposiciones pueden estar en un solo cuerpo normativo o se pueden integrar con varias leyes.

Considera que los alegatos de conclusión juegan un papel principal en orden al mejor entendimiento de los hechos, sobre la base de las pruebas recaudadas y con miras a decidir en cuanto a los intereses en conflicto. En este sentido, los alegatos les brindan a los interesados la oportunidad para esgrimir sus argumentos finales en procura de conseguir sus derechos e intereses.

También le permite al juez o a la autoridad administrativa apreciar en conjunto los razonamientos expuestos por los interesados, cuyo referente interpretativo le permite examinar de manera retrospectiva todas y cada una de las actuaciones surtidas y la interpretación que los interesados dan a los hechos y circunstancias, lo cual sin duda alguna constituye un hito procesal importante para la salvaguarda de la postulación y la excepción, al tiempo que brinda la certeza jurídica que requiere el fallador para decir el derecho.

En torno al derecho disciplinario, señala en esta oportunidad que este se caracteriza por ser un sistema jurídico propicio a la presencia de reglas de remisión, normas que resultan de gran utilidad ante la imposibilidad de incorporar en un solo estatuto la multiplicidad de temas que pueden integrar el régimen de los funcionarios públicos.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 107 – 04. M. P. Jaime Araújo Rentería.

Con fundamento en ello, encuentra que el término de traslado para presentar alegatos de conclusión, conforme al artículo 92 del CDU, es el previsto en el artículo 165 del C. de P. Penal, esto es, de 5 días, contados a partir de la ejecutoria de notificación del auto que así lo dispone. Esta remisión proviene del artículo 21 de la misma ley 734 que establece los principios de integración normativa.

2.11. Derechos del investigado

La Corte encuentra en la sentencia C – 280 – 96⁴⁰ que el disciplinado tiene derecho a designar un defensor, si así lo desea, bajo el criterio de que se trata de una defensa técnica a la que no puede ser ajeno el derecho disciplinario.

2.12. Intervinientes en el proceso disciplinario

De conformidad con la sentencia C – 014 – 04⁴¹, la Corte Constitucional señala que son intervinientes en el proceso disciplinario la autoridad administrativa o judicial que adelanta el proceso, según el caso, los sujetos procesales y el quejoso. Respecto de los sujetos procesales puntualiza que son el investigado, su defensor y el agente del Ministerio Público.

Al quejoso no le asiste la calidad de sujeto procesal, por lo que sus facultades de intervención en el proceso están limitadas, no estando en su haber solicitar pruebas, ni recurrir las decisiones que se tomen en el proceso, excepto cuando se trate de fallo absolutorio o de archivo, en cuyo caso puede interponer recurso de apelación. Tampoco puede impetrar la revocatoria directa de la decisión.

Estipula la Corte que la imputación disciplinaria no precisa de la vulneración de un bien jurídico, entendido este como la causación de un daño o como la producción de un resultado materialmente antijurídico, por lo que no es posible sostener la existencia de una persona afectada con la comisión de la falta. En esas condiciones, estima que en derecho disciplinario no existe una persona afectada con la comisión de la falta, por lo que no es posible legitimarla para que intervenga en el proceso planteando un interés directo. Es decir, considera que en este ámbito no hay víctima.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 280 – 96. M. P. Alejandro Martínez C.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 014 – 04. M. P. Jaime Córdoba T.

No obstante, encuentra que otra es la situación cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario, porque en las faltas en las que incurren los servidores públicos en estas materias, no solo quebrantan el deber especial de sujeción que vincula al funcionario con el Estado, sino que involucra la afectación del derecho internacional de los derechos humanos y la infracción al DIH, supuestos mínimos de una convivencia pacífica en una sociedad civilizada.

Bajo este entendido, la Corte encuentra que de manera excepcional puede hablarse de víctimas de una falta disciplinaria, cuando la infracción del deber conlleva de manera inescindible y directa la violación del derecho internacional de los derechos humanos o infracción al DIH. Como consecuencia de esto, juzga también que las víctimas en estos eventos pueden intervenir en el proceso disciplinario, pero no ya en condición de quejosos, sino como portadoras de un interés legítimo y directo en las resultas del proceso, de donde concluye que están habilitados para intervenir como verdaderos sujetos procesales.

La Corte encuentra que esta legitimación del derecho de intervención de las víctimas comprende el esclarecimiento de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica de lo acontecido, y para que dentro de ese específico ámbito de control, las faltas no queden en la impunidad. Según esto, las víctimas están facultadas para exigir del Estado una intensa actividad investigativa para determinar las circunstancias en que se cometió la infracción al deber funcional y para que se haga justicia disciplinaria.

2.13. Reserva de la investigación

Señala en torno a esta reserva, que en todo caso el funcionario investigado tiene derecho a solicitar copia de los documentos que obran en el expediente, no solo para conocer el contenido de los mismos, sino para ejercer su derecho de defensa⁴².

Agrega, en relación con la demanda de inconstitucionalidad en cuestión, que las investigaciones disciplinarias no son necesariamente reservadas, estando en manos de la ley decir cuándo son reservadas y cuándo no lo son, lo

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C – 406 – 95. Ibíd.

que resulta claro, porque siempre se ha dicho que la reserva de documentos y de actuaciones es materia de la ley⁴³.

En su sentencia C – 280- 96⁴⁴, encuentra ajustada a la Carta la norma que limita la expedición de copias al investigado, cuando se trate de documentos reservados, considerando que ello no limita el acceso del investigado a esa clase de documentos, pero para mantener su reserva, la que debe estar prevista en la ley, no autoriza que se expidan copias de los mismos, con el fin de poderla garantizar.

2.14. La suspensión provisional

Muchas han sido las cuestiones planteadas sobre la figura de la suspensión provisional del empleado o trabajador que está siendo investigado disciplinariamente, la que se aplica mientras se adelanta la misma, por considerar sus opositores que la misma constituye una sanción anticipada, así como que la aplicación de esa medida significa una ruptura de la presunción de inocencia que ampara a todas las personas que son cuestionadas.

Se ha dicho que la suspensión provisional atenta contra la dignidad de las personas, contra derechos fundamentales como el que se tiene al trabajo y a una vida digna, así como vulnera el debido proceso y el derecho de defensa de los investigados, porque los separa de su empleo o trabajo, sin derecho a remuneración, privándolos además de sus medios de subsistencia, prácticamente sin ninguna fórmula de juicio y sin que la persona investigada tenga derecho a defenderse de esa decisión.

En cuanto el afectado con esa decisión tiene hijos menores, se ha planteado que resultan afectados los derechos de aquellos, atentando contra sus derechos a la vida, la salud y a la integridad física, entre otros.

Respecto de la imposición de esa medida preventiva, la Corte Constitucional ha dicho en su sentencia C – 108 de 1995⁴⁵, que en tanto se trata de investigaciones disciplinarias por conductas que dan lugar a destitución, la misma no puede entenderse como una lesión al buen nombre del investiga-

⁴³ No se debe perder de vista que en este caso se está pronunciando sobre el Decreto ley 398 de 1994, régimen especial para los funcionarios de prisiones.

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 280- 96. Ibid.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 108 – 95. M.P. Vladimiro Naranjo.

do, por no constituir una imputación definitiva, respondiendo a una medida provisional que no genera la pérdida del empleo.

Ha dicho la Corte en esa sentencia que una disposición de esta naturaleza no hace ninguna aseveración acerca de la honra de la persona que debe sufrirla, ni menos puede entenderse como una violación al debido proceso, porque en el curso de la investigación el investigado tiene el derecho a intervenir para desvirtuar los cargos que se hacen en su contra, además de que no se recorta ninguna de sus garantías para pedir y aportar pruebas ni para intervenir en la práctica de las diligencias encaminadas a establecer su responsabilidad en los hechos materia de discusión.

Como lo establece la norma que regula esta previsión, la misma no se puede adoptar si no se encuentra debidamente sustentada, precisamente para garantizar el control de su legalidad y para impedir que el funcionario que así la dispone, lo haga de manera arbitraria o sin ningún fundamento legal, por lo que no podrá adoptarse si no se tiene causa para ello.

La Corte la considera una medida de prudencia disciplinaria, dirigida a proteger los intereses generales que animan a la sociedad y encuentra que sería altamente inconveniente que existiendo motivos fundados para concluir que un funcionario que está siendo cuestionado no debe permanecer en el desempeño de sus funciones, en tanto culmina la investigación, no pudiera ser separado del empleo, por lo que juzga llena de razonabilidad la adopción de una prevención de tal naturaleza, la que tiene carácter preventivo, cautelar del interés general.

En la sentencia C – 406 – 95⁴⁶, indica que esta medida no puede decretarse sin señalar el término dentro del cual va a operar, esto es, el término de duración de la suspensión, lo cual debe manifestarse en un acto administrativo que debe estar debidamente motivado, expedido por la autoridad competente, acto que forma parte de la investigación disciplinaria correspondiente.

Aun cuando la Corte no lo señaló en esta oportunidad, debe entenderse que el funcionario competente para ordenarla es el que tiene la facultad para adelantar la investigación y para imponer la sanción a que haya lugar.

Respecto de su aplicación estima que la misma es inmediata, en tanto busca proteger determinados bienes propios del servicio público, por estar involu-

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 406 – 95. M.P. Fabio Morón D.

crados en ellos altos intereses de la justicia y del derecho, en atención a los cuales es concebida esta medida de suspensión provisional.

Conceptúa también que la suspensión es una carga legítima que debe soportar el servidor público, concluyendo que en todo caso el investigado tiene la posibilidad de obtener su reincorporación al mismo cargo que venía desempeñando y con el reintegro y pago de los salarios que dejó de percibir durante el tiempo que dure la suspensión, cuando la medida final no sea la de destitución.

En su sentencia C – 280 – 96⁴⁷, respecto de la suspensión provisional dijo:

- No se trata de una medida discrecional, como que solo procede respecto de faltas gravísimas –taxativamente descritas– o graves.

- Solo puede ser tomada por el nominador o el Procurador o por quien este delegue, y tiene un límite de tres meses, que sólo puede 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.

- Prevé el reintegro al cargo y el reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante la suspensión, una vez expira el término de la misma o cuando se absuelve al investigado o la sanción no es la separación del cargo.

En su sentencia C – 450 – 03⁴⁸, la Corte Constitucional respecto de la suspensión provisional hace las siguientes precisiones:

- La facultad de suspender provisionalmente al servidor público investigado está supeditada a que se reúnan ciertas condiciones específicas y a que se respeten las garantías que prevé el artículo de la ley disciplinaria.

- La medida se circunscribe a las faltas que están catalogadas como graves o gravísimas y siempre que se presente una de las causas previstas en la ley, que pueda entorpecer el desarrollo de la investigación o que dé lugar a que el investigado siga cometiendo la falta o la reitere.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 280 – 96. M.P. Alejandro Martínez C.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 450 – 03. M.P. Manuel José Cepeda E.

- Se exige que la medida de suspensión se adopte de manera motivada para que se pueda ejercer control de legalidad sobre ella. Paralela a este control marcha inherente la posibilidad para revocar la medida, bien por el mismo funcionario que la dictó, o por el superior jerárquico o funcional del que la tomó.
- Encuentra igualmente como garantías procesales, la existencia de recurso de reposición en caso de procesos de única instancia y la obligación de someter a consulta dicha decisión, por parte del funcionario superior del que la adoptó, la cual es obligatoria de surtir.
- Duración definida y determinada de la suspensión y de sus prórrogas, así como se prevén los efectos de la suspensión respecto de la remuneración del suspendido.
- La extensión de los anteriores requisitos a las prórrogas que autoriza el artículo, en especial lo referido a la motivación de la prórroga.
- Señala finalmente que la medida de suspensión provisional no vulnera el principio de la presunción de inocencia, porque no define la responsabilidad del servidor público investigado, como tampoco se afectan las garantías a la defensa y a la contradicción.

2.15. Término para adelantar la indagación preliminar

En la sentencia C – 036 – 03, la alta corporación constitucional señala que de acuerdo con el artículo 150 del CDU el término para adelantar la indagación preliminar es de 6 meses y debe culminar con el archivo definitivo o con la apertura de investigación. Recuerda que este término puede ampliarse hasta por 6 meses más, cuando se trate de faltas relacionadas con violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH.

Desde otra perspectiva, la Corte recuerda en esta sentencia que en su sentencia C – 728 – 00, precisó que el término de la etapa de indagación preliminar era de 6 meses y que el mismo no se podía extender, lo cual tiene como razón de ser la decisión del legislador de fijar ese término, el cual se debe respetar, así como el hecho sustancial de que el investigado no puede permanecer sub júdice indefinidamente y por el derecho que tiene a que se resuelvan en breve término las dudas que gravitan sobre él.

Recaba al respecto que parte esencial del debido proceso que consagra el artículo 29 constitucional exige que existan términos definidos para la decisión de los distintos aspectos disciplinarios, los cuales le corresponde fijar al

legislador y una vez establecidos por este, deben ser respetados como parte esencial de ese debido proceso que debe surtirse.

2.16. La falta disciplinaria está relacionada con el cumplimiento de la función

En la sentencia C – 252 – 03⁴⁹, la Corte Constitucional precisa el ámbito de las conductas que pueden ser objeto del régimen disciplinario, señalando que en este campo el ejercicio de la potestad sancionadora está determinado por la infracción a los deberes funcionales del servidor público. Estipula que la antijuridicidad de la falta disciplinaria remite a la infracción sustancial del deber funcional, precisando que el derecho disciplinario tiene un espacio de aplicación restringido, porque solo recae sobre quienes se hallen bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción y las imputaciones que formula derivan de la infracción a deberes funcionales.

En los supuestos en que el comportamiento irregular se comete en lugar público, sin que el servidor se encuentre en ejercicio de sus funciones, hace necesario valorar si la conducta afecta la función pública para en este caso poder determinar si hay lugar a imputación de falta disciplinaria.

2.17. La graduación de la sanción en materia disciplinaria

En la sentencia C – 1076 – 02⁵⁰, la Corte Constitucional se ocupa de analizar la graduación de las sanciones en materia disciplinaria, tomando como fundamento lo dispuesto en el artículo 47 del CDU. Para el efecto advierte que pueden presentarse tres modalidades de concurso de faltas disciplinarias, de donde dependerá la graduación de las sanciones a imponer.

Es así como encuentra que un mismo comportamiento puede subsumir dos o más tipos disciplinarios que no se excluyen entre sí, en cuyo caso se está frente a un concurso ideal o aparente. También considera que puede darse el caso de que varias acciones llevadas a cabo con un mismo propósito, que vulneran en diversas oportunidades el mismo deber funcional, en cuyo caso se está frente a una falta disciplinaria continuada y estima igualmente que puede darse el caso de una o varias acciones llevadas a cabo por un servidor público

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 252 – 03. M.P. Jaime Córdoba T.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 1076 – 02. M.P. Clara Inés Vargas.

con distintas finalidades, lo que produce una pluralidad de violaciones jurídicas, caso en el que se está frente a un concurso material o real de faltas.

Ante esto señala igualmente que es posible que frente al concurso de faltas se gradúe la sanción de diversa manera, como es, la acumulación material, donde se impone una suma de las sanciones correspondientes a las distintas faltas cometidas; la fórmula de la absorción, donde se impone la sanción correspondiente a la falta más grave; y la acumulación jurídica, que acepta la acumulación de sanciones pero con un límite fijado por la ley.

De esta manera encuentra que el artículo 47 del CDU establece en una primera parte los criterios para la graduación de la sanción, cuando no se presenta concurso de faltas, en tanto el numeral segundo establece un límite para esa graduación cuando se presenta un concurso ideal, material o real y para faltas continuadas. Señala también que para resolver esta diversidad de concursos, el legislador acogió dos técnicas: dice que en los literales a), b), c) y d) del numeral segundo de este artículo 47 dispuso la acumulación jurídica de sanciones, lo que hace que se produzca una absorción de faltas y en consecuencia solo se impone la sanción más grave, sin exceder el máximo legal.

En consecuencia, bajo este criterio, en ningún caso se podrá imponer inhabilidad general superior a 20 años, ni más de 12 meses para la inhabilidad especial ni para la suspensión, como tampoco más de 180 días del salario básico mensual como multa.

2.18. La sanción disciplinaria no puede incorporar pena de arresto

Una de las características del régimen disciplinario, que lo distingue precisamente del derecho penal, es que en tanto este último tiene como uno de sus puntos principales y centrales la posibilidad de imponer pena privativa de la libertad como sanción, no se concibe y así se acepta en nuestro ordenamiento, siguiendo corrientes decantadas en otros países, que el derecho disciplinario pueda contemplar entre sus sanciones la privación de la libertad⁵¹. Casi puede decirse que es la diferencia básica entre uno y otro ordenamiento.

La materia disciplinaria, pese a formar parte del denominado *ius puniendi* del Estado, prevé sanciones que se encuentran acordes con sus objetivos, cuales son los de lograr una eficiente prestación de los servicios públicos

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 175 – 93. M. P. Carlos Gaviria D.

y hacer que los servidores públicos se pongan al servicio de la comunidad, por lo que para lograrlos tiene prevista dentro de su catálogo la posibilidad de imponer a tales servidores las sanciones de amonestación escrita, multa, suspensión en el desempeño del cargo y en el ejercicio de funciones por un tiempo determinado y finalmente, la drástica medida de destitución, la que comprende la terminación de la relación del servidor público con la Administración; o la terminación de su contrato de trabajo, si se trata de un trabajador oficial; o la desvinculación del cargo, según el artículo 278, numeral 1.

Cabe observar que bajo esta condición procede retirar del servicio público aun a los funcionarios inscritos en carrera administrativa, siendo esta una de las condiciones previstas para su exclusión de la misma, como sanción. También debe decirse que todas estas sanciones proceden igualmente contra funcionarios de elección popular como gobernadores y alcaldes y contra los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

Lo mismo se puede acotar respecto de los funcionarios y empleados de la rama judicial, así como de servidores públicos como los notarios, aun cuando con algunas variantes. Así, por ejemplo, según el artículo 63 del actual CDU, a los notarios se aplican como sanciones la destitución, la suspensión y la multa.

En relación con los particulares que desempeñan determinadas funciones o servicios públicos, las sanciones previstas, conforme al artículo 56 de ese mismo estatuto, son las de multa y cuando se trate de la prestación de un servicio de carácter permanente y cuya vinculación provenga de un nombramiento oficial, la destitución y la medida accesorio de inhabilidad para el ejercicio de empleos o funciones públicas.

Es advertido en el ordenamiento que la destitución trae aparejada la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por un período de tiempo que oscila entre diez y veinte años, cuando se trate de inhabilidad general; entre treinta días y doce meses, cuando se trate de inhabilidad especial, al tiempo que se consagra la inhabilidad permanente para las sanciones que se imponen por falta en donde resulta afectado el patrimonio económico del Estado⁵².

⁵² De conformidad con el artículo 122 constitucional, "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".

Conforme a lo anterior, las faltas de naturaleza disciplinaria se sancionan con alguna de esas medidas, pero en ningún caso lo pueden ser con penas de arresto. El pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto de este punto se produjo en su sentencia C – 175 de 1993, al resolver sobre la demanda presentada contra las disposiciones del decreto 2010 de 1992, expedido con base en facultades de estado de conmoción interior, entre cuyas normas se preveía la imposición de sanción de arresto como medida de carácter disciplinario.

2.19. Comisión de falta ligada a una conducta delictiva

En la sentencia C – 720 – 06⁵³, el alto tribunal constitucional se ocupa de examinar la situación que se presenta por virtud de la disposición que consagra como falta disciplinaria la comisión de una conducta delictiva.

Al respecto señala lo siguiente:

De conformidad con lo establecido por el legislador, se consideran faltas gravísimas las conductas que objetivamente estén descritas por la ley como delito. Que la conducta punible sea sancionable a título de dolo. Y que la misma sea cometida con razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo.

Encuentra que el Congreso no condicionó la aplicación de la sanción disciplinaria al trámite de un proceso penal y menos a la calificación que haga la autoridad judicial respecto del comportamiento causante del proceso disciplinario.

Dice que la norma disciplinaria lo que hace es obligar al funcionario que tiene a su cargo el trámite del proceso disciplinario, a verificar si en la legislación penal la conducta señalada se encuentra descrita objetivamente o tipificada para luego entrar a determinar dentro del proceso a su cargo si fue cometida con dolo o con culpa, para con base en ello proceder a imponer la sanción disciplinaria que corresponda.

2.20. Las decisiones disciplinarias de los funcionarios de la Rama Judicial se resuelven mediante sentencia

Un tema de importancia, por la diferencia que implica frente a las decisiones que toman los organismos de control disciplinario interno y la Procuraduría

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C – 720 – 06. M.P. Clara Inés Vargas.

General de la Nación es el que tiene que ver con las medidas que en materia disciplinaria toma el Consejo Superior de la Judicatura, las que de acuerdo con la ley corresponden a sentencias judiciales, en tanto las de los otros organismos mencionados son tenidas por actos administrativos⁵⁴.

El artículo 51 del Decreto 1888 de 1989, norma demandada, establece que las decisiones que en materia disciplinaria se pronuncien en relación con los funcionarios y empleados judiciales son actos jurisdiccionales, no susceptibles de acción contenciosa administrativa.

Respecto del cuestionamiento planteado, señala la Corte Constitucional que dicha disposición les señala el carácter jurisdiccional a esas decisiones, respecto de empleados y funcionarios judiciales, la que constituye una categorización de orden legal, calificación que a juicio de la Corte excluye la posibilidad de adelantar acción contencioso-administrativa en contra de dichos actos.

Encuentra que en lo que tiene relación con los funcionarios judiciales, tal disposición se ajusta al ordenamiento, dado que el artículo 116 de la Carta establece las entidades u organismos que administran justicia, entre los que incluye el Consejo Superior de la Judicatura, de donde se sigue que su Sala Disciplinaria tiene naturaleza jurisdiccional.

Refiere igualmente que es claro en el numeral 2 del artículo 254 de ese estatuto fundamental, que su Sala Disciplinaria es de carácter jurisdiccional, siendo lo corriente que esta clase de organismos se pronuncien a través de sentencias.

Y en cuanto al objeto de dicha Sala, es igualmente el numeral 3 del artículo 256 constitucional el que le otorga la potestad de examinar la conducta de los funcionarios de la rama judicial, así como de imponerles sanciones por las faltas en las que incurrir, por lo que en lo que hace relación con los funcionarios judiciales, concluye que la norma en debate se ajusta al ordenamiento.

Considera que la Sala Disciplinaria de ese organismo fue creada para garantizar que un organismo autónomo de alto rango con naturaleza jurisdiccional fuera el que se encargara de ejercer el control sobre los funcionarios encargados de administrar justicia, no ocurriendo lo mismo, sin embargo, respecto de los empleados de esa rama.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 417 – 93. M. P. José Gregorio Hernández.

La razón de ser de esa diferencia estriba en que se pretende que los funcionarios judiciales, que por disposición constitucional gozan de autonomía e independencia en la función que cumplen de administrar justicia, puedan alcanzar esos cometidos sin interferencias indebidas, surgidas de la vigilancia y control que igualmente debe ejercerse sobre sus actuaciones, para efectos de garantizar el orden y la disciplina en su comportamiento, como servidores públicos que son.

De allí que el control disciplinario que se ejerce sobre ellos recae en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Sin embargo, respecto de los empleados de esa misma rama, la Corte no encuentra disposición alguna que los someta a la vigilancia y control de esa Sala Disciplinaria, no encontrando razón para que estos sean objeto de un tratamiento disciplinario especial, diferente del que debe darse al resto de los servidores públicos.

En torno a estos empleados, considera que la competencia para investigar sus faltas y para imponerles las sanciones a que haya lugar radica en primer lugar en sus jefes o superiores jerárquicos, que lo son los jueces o magistrados y en segundo lugar, dentro de la organización que ha configurado la Constitución, en la Procuraduría General de la Nación, organismo que tiene respecto de estos empleados, las atribuciones que se derivan de su condición de órgano autónomo y con poder preferente en materia disciplinaria.

3. Corte Constitucional. Reseña de sentencias de constitucionalidad y tutela sobre Régimen Disciplinario. Años 1992 a 2005

Esta referencia a algunas de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, relacionadas con aspectos disciplinarios explicados en este capítulo, tiene por objeto brindar al lector una guía para que pueda consultar aspectos tratados aquí, sin que pueda considerarse que agotan el tema o que se refieren a todas las materias tratadas.

No obstante, como es apenas natural, lo recomendado es consultar el texto de la sentencia en su integridad, por lo que al final se hace una lista de las principales sentencias proferidas en materia disciplinaria.

3.1. Sentencia T – 410 de 1995

Magistrado ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Septiembre 12 de 1995.

En esta tutela la Corte Constitucional estipula que no hay lugar a la reformatio in pejus en relación con las sanciones disciplinarias, de la misma manera que considera que la sentencia de segunda instancia, con la que agravó la sanción impuesta al apelante, en un caso resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura, se violó este principio y en consecuencia se incurrió en vía de hecho, por lo que encuentra nula la providencia proferida en esos términos.

3.2. Sentencia C-244/96

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Mayo 30 de 1996.

En esta providencia, la Corte Constitucional precisa varios aspectos: lo que tiene que ver con la posibilidad de adelantar investigación disciplinaria y penal por unos mismos hechos, sin que por tal circunstancia se pueda hablar de violación al principio del non bis in ídem; las diferencias entre el proceso penal y el disciplinario; el principio de presunción de inocencia y del in dubio pro disciplinado, según el cual las dudas que no se puedan resolver deben decidirse a favor del disciplinado.

También hace precisiones en lo que tiene que ver con el término de prescripción de la acción disciplinaria, que es de cinco (5) años.

3.3. Sentencia C-280/96

Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Junio 25 de 1996.

En esta sentencia la Corte precisa aspectos relacionados con los empleados públicos y los trabajadores oficiales, para señalar que a estos últimos también se les aplica el régimen disciplinario.

También determina que las personas que están vinculadas mediante contrato de prestación de servicios tienen una relación diferente con el Estado, no existiendo relación de subordinación y en esas condiciones, no deben considerarse objeto del régimen disciplinario.

Se pronuncia igualmente en lo que tiene que ver con la reserva de documentos que obran en las actuaciones disciplinarias, acerca de los cuales la ley determina que no habrá lugar a expedición de copias de los mismos, lo cual encuentra ajustado a la Carta, sin perjuicio del derecho que le asiste al investigado o a su apoderado de tener acceso a tales documentos.

3.4. Sentencia C - 286 de 1996

Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández. Junio 27 de 1996

Este fallo dispone que a los particulares no se aplican en bloque las disposiciones del Código Disciplinario. Estipula también que cuando se trate de particulares que desempeñan funciones públicas de manera permanente, están sujetos al régimen disciplinario que la ley disponga para ellos.

Para ello toma en cuenta que los particulares, a la luz del artículo 6° de la Constitución, son responsables por infracción de la Constitución o de las leyes, lo que los diferencia de los servidores públicos, que deben responder por razón de su vinculación con el Estado, por las mismas causas y por las omisiones o extralimitaciones en que pueden incurrir.

3.5. Sentencia C-341/96

Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Agosto 5 de 1996.

Esta sentencia se pronuncia acerca del régimen aplicable, en primer lugar, a los trabajadores del Banco de la República, entidad jurídica de naturaleza especial, y en segunda instancia, en relación con el régimen disciplinario aplicable a los trabajadores oficiales en general, para concluir que a todos los servidores públicos, sean estos empleados públicos o trabajadores oficiales, se les aplica el régimen disciplinario previsto en la ley, en este caso en la 734 de 2002.

3.6. Sentencia C – 627 de 1996

Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Noviembre 21 de 1996.

En esta sentencia la Corte precisa que la notificación del funcionario investigado disciplinariamente debe hacerse de manera personal; que solo cuando ella no es posible, porque el por notificar no comparece, para lo que debe haber sido citado previa y adecuadamente, procede su notificación por edicto.

Bajo ese entendido, esta última forma de notificación es subsidiaria y no principal y solo se puede recurrir a ella una vez se ha agotado en debida forma el procedimiento para lograr su notificación personal.

De igual manera hace algunas puntualizaciones respecto al adelantamiento de la investigación cuando la persona no comparece, para lo cual, según la ley disciplinaria, cuando se trate del auto de formulación de cargos, debe nombrársele un defensor de oficio. Esto no impide, en todo caso, que si posteriormente el disciplinado comparece y así lo desea, pueda intervenir en el curso del proceso e interponer los recursos y las acciones legales que prevé el ordenamiento.

3.7. Sentencia C-430/97

Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Septiembre 4 de 1997.

Esta sentencia puntualiza aspectos relacionados con el proceso disciplinario y etapas que lo conforman, así como acerca del momento a partir del cual el implicado tiene acceso a la investigación. En esta decisión la Corte precisa que la averiguación preliminar es de carácter eventual y que bien puede no surtirse, sin que por ello se afecte el derecho de defensa del investigado.

También aclara aspectos referidos a la solicitud y aporte de pruebas que puede hacer el investigado y principios que rigen los derechos de contradicción y defensa que lo amparan. Hace igualmente precisiones en torno a los alcances de la queja y con las oportunidades que tiene el investigado para dar su propia versión de los hechos.

3.8. Sentencia C-057/98

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Marzo 4 de 1998.

En esta sentencia se refiere al control disciplinario interno y externo, entendido este último como el que ejerce la Procuraduría General de la Nación, entrando a precisar el alcance del poder preferente, lo mismo que la facultad que tiene la Procuraduría de imponer directamente la sanción a los servidores públicos.

En este fallo hace referencia también a algunos aspectos disciplinarios en torno a las personas que se encuentran vinculadas a la Administración a través de contratos de prestación de servicios y se determina que los contratistas no son destinatarios de la ley disciplinaria.

3.9. Sentencia C - 484 de 2000

Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Mayo 4 de 2000.

En ella se hacen algunas precisiones en torno a la función disciplinaria, señalando que lo que busca esa normativa es hacer valer los principios éticos que rigen la administración pública, indicando además que las funciones que cumplen organismos como la Procuraduría General de la Nación corresponden a los de un órgano autónomo, en su condición de órgano de control, al igual que la Contraloría General de la República.

Establece igualmente las diferencias entre la sanción disciplinaria y la fiscal y la diferencia entre las sanciones impuestas por esos organismos, por lo que en esos casos no se puede hablar de violación del principio del non bis in ídem.

3.10. Sentencia C-175/01

Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Febrero 14 de 2001.

En esta decisión, la Corte Constitucional hace importantes precisiones acerca del alcance del artículo 29 constitucional, en especial en lo que tiene que ver con el debido proceso que rige las actuaciones disciplinarias.

También se refiere a las etapas del proceso disciplinario, a los recursos que proceden contra las decisiones que se tomen, a las garantías que existen respecto a las diferentes etapas previstas, en lo que tiene que ver con la etapa de averiguación o indagación preliminar y la finalidad que se persigue con esta etapa.

3.11. Sentencia C-555/01

Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Mayo 31 de 2001.

En este fallo, la Corte Constitucional puntualiza aspectos relativos a la oportunidad que existe dentro del proceso disciplinario para controvertir las pruebas, así como a la que se tiene para rendir la versión libre, lo mismo que hace algunas otras precisiones sobre las diferentes etapas del proceso disciplinario.

Determina igualmente características relacionadas con la publicidad en los procesos disciplinarios, el derecho a recurrir contra las decisiones que tomen los funcionarios investigadores, lo mismo que cuestiones referidas a los principios de contradicción, autos que deben ser notificados y asuntos relativos a las notificaciones que deben surtirse.

3.12. Sentencia C-155/02

Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Marzo 5 de 2002.

En esta sentencia, la Corte examina aspectos referidos a las diferencias que existen entre las faltas tipificadas en la ley penal y las tipificadas en la ley disciplinaria, reiterando la existencia de tipos abiertos en materia disciplinaria, y el hecho de que en el régimen disciplinario la incriminación en las faltas disciplinarias se hace con base en el sistema de *numerus apertus*.

De la misma manera se hacen algunas precisiones acerca de la culpabilidad y la responsabilidad en materia disciplinaria, donde se reitera que la responsabilidad de los servidores públicos en materia disciplinaria solo puede ser a título de dolo o de culpa, tratándose de una responsabilidad de naturaleza subjetiva, estando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

3.13. Sentencia C-181/02

Magistrado Sustanciador: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Marzo 12 de 2002.

En esta sentencia la Corte reafirma criterios expuestos en otras sentencias, según los cuales, deben seguirse en materia disciplinaria, bajo ciertas condiciones, los principios que rigen en materia de derecho penal, como son los de la legalidad de las penas y de las sanciones, lo mismo que la obligación de observar el principio de irretroactividad de las leyes.

También reitera la aplicación del principio según el cual las normas de orden procesal son de aplicación inmediata y lo que tiene que ver con los principios de favorabilidad e irretroactividad de la ley.

3.14. Sentencia C-036/03

Magistrado ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Enero 28 de 2003.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 150 parcial, y 153 parcial de la Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

En este caso la Corte se pronuncia sobre dos aspectos centrales:

- La facultad del investigador para oír en versión libre al investigado, la cual, al constituir un derecho central en la defensa, no puede quedar librada a la voluntad del investigador, por lo que declara inexecutable dicha disposición.
- El término para adelantar averiguación, cuando se tiene duda acerca de la identificación o individualización del autor de la falta, el cual considera que no puede ser indefinido, por lo que en estos casos tampoco puede superarse el término fijado para la averiguación, de seis meses, o de doce, cuando se trate de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

3.15. Sentencia C-037/03

Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Enero 28 de 2003.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 17, 46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y contra el artículo 115 (parcial) de la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”.

Esta sentencia resulta relevante porque en ella se precisan aspectos relacionados con el régimen disciplinario aplicable a los particulares. Lo mismo que lo que debe entenderse cuando se trata de funciones públicas ejercidas por particulares.

También se precisan aspectos relacionados con particulares que cumplen funciones administrativas y judiciales y lo que tiene que ver con la responsabilidad de los particulares en materia disciplinaria.

De igual manera puntualiza la condición de los contratistas frente al régimen disciplinario, lo que tiene que ver con los contratos de interventoría, de consultoría y asesoría y lo referente a los servicios públicos prestados por particulares.

3.16. Sentencia C-158/03

Magistrado ponente: Dr Alfredo Beltrán Sierra. Febrero 25 de 2003.

Esta sentencia hace precisiones acerca de los documentos y las pruebas de carácter reservado que obran dentro de las investigaciones, reiterando lo expresado en sentencia anterior (la sentencia C-280 de 1996, proferida en relación con disposiciones de la ley 200 de 1995, anterior régimen disciplinario), según la cual el carácter reservado previsto en la ley disciplinaria se ajusta a la Carta, al mantener un equilibrio entre la reserva legal que obra sobre ciertos documentos y el derecho de defensa que les asiste a los investigados, ya que le permite al disciplinado tener acceso al expediente y a los documentos reservados, pero limitando parcialmente la expedición de copias de esos documentos, con el fin de proteger esa reserva.

Para concluir, con base en ello, que resulta legal esa limitación, al tiempo que no puede oponerse al investigado la reserva de esos documentos, pues tornaría esta en una prueba secreta que no sería objeto de conocimiento y menos de contradicción por parte del investigado.

3.17. Sentencia C-252/2003

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Marzo 25 de 2003.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 48, numeral 48, y 51, inciso 3°, de la Ley 734 de 2002.

En esta sentencia, la Corte se ocupa de examinar el tema relacionado con la aplicación del derecho disciplinario, considerando que se debe resaltar que 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.

Con base en ello, entra a resolver la demanda de inconstitucionalidad planteada contra una falta considerada gravísima, por considerar el demandante que viola derechos de la persona al libre desarrollo de su personalidad. La disposición en cuestión sanciona como falta disciplinaria asistir al sitio de trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de estupefacientes, o consumir tales sustancias en el mismo.

Al respecto la Corte considera que tales conductas son sancionables disciplinariamente, en la medida en que con ellas se afecta la debida prestación del servicio o función pública y no por el hecho mismo del consumo, el cual,

si bien encuentra censurable, forma parte de las opciones de la persona en ejercicio de su libertad.

3.18. Sentencia C-450/03

Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Junio 03 de 2003.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

En esta sentencia, la Corte se pronuncia acerca de la demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 157 de la ley disciplinaria, por el cual se puede decretar la suspensión provisional del funcionario investigado.

En su decisión la Corte precisa que se trata de una medida constitucional, al igual que analiza los aspectos propios de esta institución, puntualizando la manera como puede decretarse tal medida, los requisitos que debe contener, lo mismo que su prórroga, sus efectos y la responsabilidad que la ley prevé para el funcionario que toma tal medida.

3.19. Sentencia C - 014 de 2004

Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Enero 20 de 2004.

Esta providencia puntualiza que las víctimas o los perjudicados con las faltas disciplinarias donde se han cometido infracciones al derecho internacional humanitario tienen igualmente derecho a intervenir en el proceso disciplinario que se sigue para aclarar esas conductas.

En este caso, considera la alta corporación que los intervinientes en esa calidad no lo hacen bajo la condición de simples quejosos, sino que pueden intervenir como verdaderos sujetos procesales, con las implicaciones que de ello se derivan.

3.20. Sentencia C-107 de 2004

Magistrado ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería. Febrero 10 de 2004.

Esta sentencia hace importantes precisiones acerca del debido proceso, reiterando otras decisiones de la Corte acerca de los alcances de dicha garantía constitucional.

En lo que tiene que ver con el objeto de la demanda de inconstitucionalidad, referida al numeral 8° del artículo 92 de la ley disciplinaria, donde se establece un derecho para que el investigado presente alegatos de conclusión antes del fallo, se remite al artículo 165 del Código de Procedimiento Penal, entendiendo que el término de traslado para alegar es de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de la notificación del auto pertinente.

Auto que debe expedirse en concordancia con el artículo 169 de la ley 734 de 2002, a saber: si no hay pruebas que practicar, el funcionario de conocimiento debe proferir el auto corriendo traslado para presentar alegatos, al día siguiente al vencimiento del término para presentar descargos; si se decretaron y practicaron pruebas, debe expedir el auto al día siguiente del vencimiento del término probatorio.

4. Jurisprudencia Consultada. Sentencias Corte Constitucional

Sentencia T - 438/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 Sentencia T - 145/93, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 Sentencia C - 417/93, M. P. José Gregorio Hernández G.
 Sentencia C - 024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez C.
 Sentencia C - 319/94, M. P. Hernando Herrera Vergara.
 Sentencia C - 108/95, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
 Sentencia C -193/95, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
 Sentencia C - 247/95, M. P. José Gregorio Hernández.
 Sentencia C - 406/95, M. P. Fabio Morón Díaz.
 Sentencia C - 444 de 1995, M. P. Carlos Gaviria D.
 Sentencia C - 244/96, M. P. Carlos Gaviria D.
 Sentencia C - 280 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
 Sentencia C - 088 de 1997, M. P. Antonio Barrera C.
 Sentencia C - 310 de 1997, M. P. Carlos Gaviria D.
 Sentencia C - 430 de 1997, M. P. Antonio Barrera C.
 Sentencia C - 057/98, M. P. Carlos Gaviria D.
 Sentencia C - 187/98, M. P. Hernando Herrera Vergara.
 Sentencia C - 199 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.
 Sentencia C - 620 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
 Sentencia C - 244 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
 Sentencia C - 087 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán S.
 Sentencia C - 110 de 2000, M. P. Antonio Barrera C.
 Sentencia C - 1444 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán S.
 Sentencia C - 013/01, M. P. Martha Victoria SÁCHICA de G.
 Sentencia C - 175 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C - 712 de 2001, M. P. Jaime Córdoba T.
Sentencia C - 181 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy C.
Sentencia C - 155 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas.
Sentencia C - 373 de 2002, M. P. Jaime Córdoba T.
Sentencia C - 492 de 2002, M. P. Jaime Córdoba T.
Sentencia C - 948 de 2002, M. P. Álvaro Tafur G.
Sentencia C - 036 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
Sentencia C - 037 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
Sentencia C - 450 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda E.
Sentencia C - 656 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas.
Sentencia C - 014 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.
Sentencia C - 107 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería.

LIBRO SEGUNDO
PARTE ESPECIAL

La comisión por omisión en el ejercicio de la función administrativa con énfasis en la actividad contractual

Por CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU¹, MARIO ROBERTO MOLANO LÓPEZ²

Introducción

La responsabilidad atribuible a los jefes superiores que integran los niveles directivos de la Administración Pública (alcaldes, gobernadores, gerentes, directores, ministros, por poner algunos ejemplos), por la toma de las decisiones que afectan a las distintas entidades públicas que la integran, así como la de los particulares que ejercen función administrativa, no es posible de eludirse con ninguno de los sistemas de organización administrativa que se han forjado desde la reforma de 1968 ni con los principios y premisas que para tales institutos ha consagrado la Constitución de 1991.

Es cierto que no es lo mismo responsabilizar a quienes como miembros de una junta directiva o como ministros, alcaldes o gobernadores ejercen control de tutela sobre la administración interna de una entidad descentralizada por servicios, que responsabilizar al director, presidente o gerente de la mis-

¹ Viceprocurador General de la Nación. Profesor de las especializaciones en Derecho Penal y Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia.

² Procurador Delegado para la Contratación Estatal. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Javeriana.

ma. También es cierto que no es lo mismo la responsabilidad predicable del control de tutela que la responsabilidad predicable del control jerárquico.

De análoga manera, no tiene el mismo grado de responsabilidad la que se deriva del deber de vigilancia de una función o actividad específica, de la que se deriva del deber de actuar y materializar la función o actividad propiamente dicha.

Pero también es cierto que en todos los casos anteriores existe algún grado de responsabilidad imputable a quienes ejercen el control de tutela y a quienes ejercen el control jerárquico, vía desconcentración o vía descentralización, respecto de los deberes de orientación, seguimiento, vigilancia, control y, en últimas, corrección de las funciones o actividades que son objeto de los mismos.

La materia ha sido objeto de recientes debates jurisprudenciales y, en parte, doctrinales alrededor de los alcances de los artículos 209 a 211 de la Constitución Política, debates que han girado alrededor del tipo de imputación de los funcionarios que tienen deberes funcionales de garantía en virtud del control que se les asigna sobre las actividades de terceros para el cumplimiento de competencias descentralizadas, desconcentradas y delegadas.

¿Será imputable el Alcalde por irregularidades cometidas por la cabeza de una entidad descentralizada del orden municipal, respecto de la cual ejerce control de tutela?

¿Será imputable el Director de un Establecimiento Público por irregularidades cometidas por un jefe de unidad en el ejercicio de funciones desconcentradas?

¿Será imputable el Delegante por las irregularidades cometidas por su delegatario?

¿Serán imputables los jefes superiores de la entidad que tiene a su cargo el control y seguimiento de las funciones públicas que se hayan conferido a un particular, por las irregularidades que este cometa en el ejercicio de aquellas?

La pretensión de estas notas no es otra que la de impulsar una reflexión sobre la posición de garantes del cumplimiento de las funciones a cargo de la respectiva entidad que tienen los jefes superiores de la Administración, y en especial sobre las precisas responsabilidades en el control de tutela y

en el control jerárquico, en el ámbito de funciones descentralizadas, desconcentradas y delegadas en el ejercicio de la función administrativa, posición de garantes que los hace imputables de la comisión por omisión de los deberes que componen el núcleo básico de tales controles de carácter administrativo.

Así las cosas, el trabajo se desarrolla mediante los siguientes acápites:

1. El concepto y alcance de la comisión por omisión, de cara al ejercicio de la función administrativa del Estado.
2. Premisas de la comisión por omisión en los sistemas de organización administrativa.
3. Caso específico de la delegación como fuente de la comisión por omisión.
4. Caso específico de las premisas de la comisión por omisión en la actividad contractual del Estado.
5. Conclusiones.

1. El concepto y alcance de la comisión por omisión, de cara al ejercicio de la función administrativa del Estado

La atribución del comportamiento cuestionado puede hacerse directamente como autor material, autor mediato, autoría en los delitos de comisión por omisión y determinador³.

Autor material es quien realiza el comportamiento descrito como punible. Como las faltas disciplinarias son constitutivamente tipos de infracción de deber, tiénese que, respecto de la autoría, no importa qué tan importante o no fue lo que hizo el sujeto: siempre será autor, por cuanto siempre se encuentra en una posición de garante⁴.

Autor mediato es quien utiliza a otro como instrumento. Ese otro ni siquiera comete falta disciplinaria, bien por carecer de la cualificación legal, bien por cuanto la conducta de quien materialmente realiza el comportamiento resul-

³ ALEJANDRO NIETO contempla como infractores a los autores materiales, a los autores mediatos e inductores y a los cooperadores necesarios. Derecho administrativo sancionador, 2ª edición, Madrid: Tecnos, 1994, p. 391.

⁴ SUÁREZ SÁNCHEZ ALBERTO. La autoría en derecho disciplinario. Bogotá. Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público, 1988, p. 51.

ta atípica (caso fortuito y fuerza mayor, error de hecho invencible, colisión de deberes, orden superior vinculante).

Determinador es quien induce a otro en la comisión del ilícito. Puede ser por orden no vinculante, consejo, acuerdo o sociedad. El determinador tiene que tener la calidad típica⁵, ya de servidor público, ya de particular que ejerce funciones públicas. La conducta del autor material determinado tiene que ser como mínimo típica; en consecuencia, opera una accesoriedad mínima⁶ como consecuencia de la regencia de un injusto personal, y de tener él los requisitos de servidor público o particular que ejerce funciones públicas.

El determinador puede ser determinador de un servidor público o de un particular que ejerce funciones públicas. De ese modo se puede imputar a un servidor público la determinación en la comisión de una falta de otro servidor público o de un particular que ejerce funciones públicas. Como particular que ejerce funciones públicas puede ser determinador de un servidor público o de otro particular que ejerce funciones públicas.

El determinador se encuentra en una posición especial donde la ley le transmite los deberes del determinado cuando irrumpe en la voluntad de quien tiene el deber funcional específico. Por ello se hace acreedor de las sanciones imputables al autor material.

La doctrina admite sin dificultad la autoría en los delitos de comisión por omisión⁷. Al situar la ley a un individuo en una posición de garante funcionalmente con ello busca “prevenir la infracción que otros concretos sujetos pudieren cometer” y “prevenir la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico”⁸. Esto es, del ordenamiento jurídico emanan “ciertas expectativas que

⁵ ISAZA SERRANO, CARLOS MARIO. Derecho Disciplinario Parte General. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1997, p. 105.

⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 50.

Así manifestó el Procurador General de la Nación, EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, proceso de única instancia, fallo del 19 de marzo de 2002, rad. 2558: “La conducta que presuntamente menoscaba el honor del Ministro de Trabajo proviene de un particular, por tanto, resulta imposible que se tipifiquen las faltas consagradas en los artículos 40 numeral 6 y 41 numerales 6 y 26 de la Ley 200 de 1995. Tampoco puede configurarse una determinación imputable al Contralor General de la República, puesto que la misma requiere la accesoriedad mínima, esto es, que la conducta determinada o del autor material sea típica como mínimo, dado que en derecho disciplinario rige un injusto personal, lo cual no puede considerarse en el presente asunto por ser el periodista un particular”.

⁷ CARRETERO PÉREZ y CARRETERO SÁNCHEZ. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Edersa, 1995, p. 155.

⁸ DE PALMA DEL TESO, ÁNGELES. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 1996, p. 104.

como deberes funcionales se esperan de determinados servidores públicos; si dichos deberes jurídicamente exigibles predicen la posibilidad de impedir un resultado, su omisión resulta equivalente a producirlo. Por lo tanto, se debe destacar que la función pública, en la medida en que es reglada, permite configurar los deberes jurídicamente exigibles”⁹.

Debe tenerse muy claro que “la responsabilidad del garante solamente surge cuando esté prevista en una ley”¹⁰. Empero, esa responsabilidad es principal y no accesoria en su versión de accesoriadad máxima –conducta típica, antijurídica y culpable de otro– como pretende Nieto¹¹.

Significa lo anterior que el deber jurídico tiene como fuente el ordenamiento jurídico: en principio la Constitución Política, la ley y los decretos con fuerza de ley. Pero como quiera que nos encontramos en el campo de las funciones, también el reglamento, puesto que constitucionalmente es admitida la fijación de funciones por tal vía (arts. 122 inc. 1º y 123 inc. 2º C. N.). Por tanto, aquí el concepto de legalidad se utiliza en términos amplios, para dar cabida al reglamento, como también a la orden superior.

La Corte Constitucional, en reciente jurisprudencia vertida en la sentencia T-170 calendada a febrero 25 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, ha consolidado y plasmado ideas fundamentales que emanan de la Carta Política y fundamentan como limitan la dogmática de la omisión, tal como lo presentamos a continuación de los requisitos demandados por la mejor doctrina:

a) La naturaleza medial-instrumental de los deberes positivos de acción, cuya fuente es el principio de solidaridad, como funciones sociales de los ciudadanos:

“En cuanto deber, la solidaridad se orienta a garantizar, por parte de las personas, el cumplimiento de determinadas funciones con miras a la realización de fines constitucionales”.

b) La consagración de deberes constitucionales tiene fines claramente vinculados con la protección de derechos fundamentales y el interés público:

⁹ Así expresó EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN. Cambios fundamentales y filosofía de la reforma. Código Disciplinario Único. Bogotá, Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2002, p. 33.

¹⁰ NIETO. Derecho administrativo sancionador. Ob cit., p. 378.

¹¹ Ibíd., p. 379.

La solidaridad impone a la persona “el deber de cooperar con sus congéneres ya sea para facilitar el ejercicio de los derechos” o “para favorecer el interés colectivo”.

c) Los deberes vinculan tanto a los servidores públicos como a los particulares:

Tales deberes “vinculan y condicionan el actuar tanto del Estado, como de la sociedad y la familia”.

d) Tales deberes fundados en el principio de solidaridad social requieren desarrollo legal:

“El deber de solidaridad requiere desarrollo legal, pues solo por esa vía pueden imponerse cargas a las personas en cuanto límites de la cláusula general de libertad que las ampara”.

e) Le corresponde a la ley concretar las especiales situaciones y relaciones en las que opera la exigibilidad del deber de actuar, así como las sanciones a imponer:

Es “la ley la encargada de fijar las circunstancias en que deben cumplirse los deberes superiores y también las consecuencias de su incumplimiento”.

f) Para deducir responsabilidad se requiere tanto la exigibilidad jurídica como también la capacidad individual de acción en la situación concreta del obligado, manifestadas como primer elemento para la imputación jurídica de un desvalor de resultado, vinculado con un juicio de atribución al autor:

“Una vez que el deber de solidaridad ha sido desarrollado en un ámbito específico, los particulares quedan compelidos a su observancia. Por ello, en caso de no darle cumplimiento, ***encontrándose en capacidad fáctica y jurídica de hacerlo, y de producirse un resultado antijurídico, este último les resulta imputable*** y deben asumir las responsabilidades consecuentes a tal incumplimiento”.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la sentencia de segunda instancia de julio 27 de 2006, radicación 25536, M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN también ha pergeñado los elementos fundamentales del delito de comisión por omisión en la misma línea de la jurisprudencia constitucional:

a) La naturaleza medial-instrumental de los deberes positivos de acción, cuya fuente es el principio de solidaridad, como funciones sociales de los ciudadanos:

En materia de posiciones de garante “la legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1 y 95 numeral 2º de la Constitución Política”, “construyen el principio de solidaridad”, se fundamentan y limitan aquellas.

b) La consagración de deberes constitucionales tiene fines muy claramente vinculados con la protección de derechos fundamentales y el interés público:

“Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable”. Todas las posiciones de garante están vinculadas con la protección de un bien jurídico.

c) Los deberes vinculan tanto a los servidores públicos como a los particulares:

Tales deberes imponen a la persona “el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad”.

d) Tales deberes fundados en el principio de solidaridad social requieren desarrollo legal:

“Viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución o la ley se abstiene de hacerlo... el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante”.

e) Le corresponde a la ley concretar las especiales situaciones y relaciones en las que opera la exigibilidad del deber de actuar, así como las sanciones a imponer:

Es la ley la que debe contemplar de manera específica, expresa y taxativa las posiciones de garante.

f) Para deducir responsabilidad se requiere tanto la exigibilidad jurídica como también la capacidad individual de acción en la situación concreta del obligado, manifestadas como primer elemento para la imputación jurídica de un desvalor de resultado, vinculado con un juicio de atribución al autor:

Se viola la posición de garante por “quien estando obligado por la Constitución o la ley se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido... pudiendo y debiendo hacerlo”.

El tratamiento del presente tema se justifica en la medida en que la aplicación errada del precepto contenido en el artículo 211 de la Carta Política ha generado la más escandalosa impunidad, constituyéndose en una talanquera que impide un adecuado ejercicio por parte de los órganos de control, lo cual en cierta forma ha sido patrocinado por la jurisdicción contencioso-administrativa, anquilosada en interpretaciones literales y formales de la ley, de espaldas a la acuciante realidad social.

Recientemente ha entendido que “no se concibe la instrucción y seguimiento particularizado en la delegación, pues esto la convertiría en una figura inoperante, en donde el delegante tendría que convertirse en un interventor con obligación concomitante de revisar paso a paso todo lo actuado por el delegatario”. “La ley le ha demarcado al delegante claros aspectos para intervenir respecto del ejercicio de las funciones delegadas”¹². Lo anterior fue avalado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, que, siguiendo los mismos derroteros, aún más formales, señala que la interpretación que de las normas 209 y 211 de la Carta Política se ha producido una desnaturalización de la institución de la delegación, señalando incluso que la postura de la Procuraduría General de la Nación, en cuanto a la interpretación de los preceptos, no es “unánime ni pacífica”¹³.

¹² Juzgado Octavo Administrativo de Popayán, sentencia de septiembre 25 de 2006, radicación No 20060015400.

¹³ Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, sentencia de segunda instancia de diciembre 5 de 2006, radicación No. 200600154-01. Desconoce la jurisdicción que su misión y función constitucional es el control de legalidad y no de la interpretación que hacen los órganos administrativos encargados de la justicia disciplinaria de las normas que deben aplicar, la cual ha sido calificada como administración de justicia en sentido material: En efecto, pacientemente la Corte Constitucional ha definido el papel constitucional del funcionario en el ámbito disciplinario, su perfil de *juez natural* (sentencia C-429 de 2001) y establecido que el examen de sus decisiones debe hacerse desde la perspectiva del “*respeto por la autonomía e independencia constitucional de la Procuraduría General de la Nación en tanto juez disciplinario*”, dada la existencia de unos “márgenes constitucionales propios de su autonomía”, lo que incluye, como claramente quedó dicho, también el examen de sus decisiones en sede

Tal forma de ver las cosas desconoce que el derecho es un fenómeno viviente y más cuando se trata de la actividad administrativa, por lo que posturas como la asumida convierten a los jefes de entes estatales en figuras decorativas que solo se preocupan de representar socialmente a la entidad, delegando todo y absolutamente todo en sus subordinados jerárquicos a quienes manejan como títeres, evadiendo la responsabilidad y poniéndose a cubierto no solo respecto de la responsabilidad penal y disciplinaria, sino también fiscal y la emanada de las acciones de repetición. Actos de tal naturaleza desvirtúan en grado sumo la representación que el pueblo y la sociedad han hecho descansar en los titulares de la función pública.

Se pone así el contencioso administrativo de espaldas a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– y la doctrina extranjera y nacional sobre la materia.

La forma jurídica de la comisión por omisión es expresada legalmente por el inciso 2º del artículo 27 del CDU, que dice:

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

Su expresión dogmática conllevaría a la siguiente estructura y consideraciones:

Los requisitos para estimar cumplida una comisión por omisión son:

1. Tipo objetivo:

a) Situación típica.

Es aquella que demanda la necesidad de actuar.

de acciones de tutela (sentencia T-1093 de 2004, fundamentos jurídicos Nos 3.9 y 4.4.7). En esta última sentencia reconoció la facultad constitucional que tiene el Procurador General de la Nación para sentar criterios generales de interpretación, lo cual contrasta con la afirmación según la cual lo juzgado en sede jurisdiccional es la hermenéutica jurídica.

Dentro de tal ámbito, de una manera coherente y clara, ha señalado que “las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia” (sentencia C-014 de 2004, fundamento jurídico No. 11) y consecuentemente la función disciplinaria comporta “una actuación administrativa en la que materialmente se cumple la función de administrar justicia” (sentencia SU-901 de 2005, fundamento jurídico No. 4).

b) Ausencia de acción ordenada.

Refiere el no llevar a cabo la acción esperada y ordenada por el derecho.

c) Capacidad individual de acción en la situación concreta.

Da cuenta de que el obligado podía en la situación concreta actualizar el mandato de actuar.

d) Posición de garante.

De la cual surge la obligación específica, taxativa y expresa de actuar y,

e) Que se hubiese evitado el resultado en un grado rayano en la certeza.

Se trata aquí de efectuar un juicio de imputación objetiva o de atribución del resultado al comportamiento omisivo del sujeto.

Los elementos a), b) y c) son los únicos requeridos para las simples omisiones u omisiones propias.

2. Tipo subjetivo:

a) Conocimiento de la situación típica y,

b) Conocimiento de la propia capacidad individual de acción en la situación concreta.

Se trata solo de conocimiento y no, además, de voluntad. Son requeridos tanto para los delitos de omisión propia como impropia.

La jurisprudencia penal con impecable acierto ha dado cuenta de estos dos elementos:

“Sin duda que en los delitos propios de omisión, como el reprochado en el auto de proceder, los matices de la acción criminal son muy característicos y de muy discutida fundamentación en la doctrina jurídica. Como la función de la voluntad es negativa, en tales casos, los elementos integrantes del dolo no coinciden, rigurosamente, con los que configuran la acción delictuosa bajo la forma positiva del comportamiento. Pero lo esencial en

tales delitos es que el agente se abstenga de producir el acto esperado, a pesar de saberse obligatorio”¹⁴.

Lo anterior configura la imputación a título de dolo que, en caso de no presentarse, abre los caminos de la imputación a título de culpa, siempre y cuando se infrinja el deber objetivo de cuidado (imprudencia objetiva).

La Corte Constitucional ha requerido para la realización de una omisión el que se tenga “*capacidad fáctica y jurídica*” de evitar el resultado (Sentencia T-170 de febrero 25 de 2005).

Es obvio que la capacidad fáctica apunta al requisito de la capacidad individual de acción en la situación concreta, esto es, que el sujeto, ante unas circunstancias y una específica situación que conoce o podía conocer, no actuó en consecuencia.

La capacidad jurídica apunta a la vinculación del sujeto con un deber de actuar o una posición de garante. Es el tema al cual nos referiremos a continuación.

2. Premisas de la comisión por omisión en los sistemas de organización administrativa

La función pública en Colombia se ejerce de conformidad con las competencias constitucionales y legales que otorgan a determinadas autoridades la autonomía e independencia necesarias para cumplir con las gestiones que les corresponden. Las mismas pueden atribuirles a otros servidores públicos mediante la “descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (art. 209 C. N.).

No obstante, no puede decirse que se rompa todo vínculo entre quien originariamente tenga la función y quien finalmente resulte competente por efectos de la descentralización, desconcentración o delegación. La norma superior es clara: “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado” (parte primera inc. 2º art. 209 C. N.).

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de septiembre 12 de 1958, M.P. LUIS EDUARDO MEJÍA JIMÉNEZ en Gaceta Judicial Tomo LXXXIX de 1958, p. 199. Reiterada por sentencia de octubre 10 de 1958, M.P. ANTONIO VICENTE ARENAS, ibidem, p. 561.

Los controles jerárquico y de tutela implican que los jefes de la Administración en sus respectivas dependencias tienen que “dirigir la actividad administrativa”; por tanto, no resulta posible que se desentiendan de la gestión que cumplen sus subalternos, compitiéndoles un deber de vigilancia (art. 208 C. N.).

La distribución de tareas para el ejercicio de las funciones públicas y particularmente para el ejercicio de la función administrativa ha tenido concreción jurídica en los llamados sistemas de organización administrativa, los cuales sufrieron a partir de 1991 una determinante transformación para la división del trabajo en el ámbito de dichas atribuciones.

Dependiendo del grado de autonomía con que cuenten los titulares de la función administrativa en los distintos órganos del Estado, con base en la división del trabajo, será posible determinar los parámetros de la responsabilidad individual de quienes son los operadores de dichas funciones administrativas. Así por ejemplo, en el ámbito de la descentralización el grado de autonomía entre los detentadores u operadores de la función es mucho mayor que la que se deriva de la desconcentración y de la delegación, de modo que la responsabilidad de la administración central por los actos de la descentralización es de menor alcance respecto de la que afecta a quien funge como superior jerárquico en la desconcentración y en la delegación.

A su vez, en tratándose de órganos descentralizados por servicios es posible determinar ciertas responsabilidades en cabeza de los detentadores de la administración de órganos centralizados, a los que están adscritos y vinculados aquellos, sin que lo mismo pueda predicarse con la misma firmeza en tratándose de la descentralización territorial. En ese orden de ideas, para localizar cuáles son las líneas de determinación de la posición de garante en el ámbito de la función administrativa del Estado, es necesario repasar cuáles son esos sistemas de organización contemplados desde la Constitución que se han mencionado y determinar en cada uno de ellos los grados de autonomía o dependencia o independencia entre los titulares de las distintas funciones para deducir de allí la posición de garante de unos respecto de la actividad de otros.

En relación con la descentralización, es preciso distinguir entre aquella que se desarrolla en función de la división político-administrativa del Estado colombiano, es decir, la descentralización territorial y de aquella otra que se deriva de la distribución de los servicios públicos a cargo del Estado, en los

diversos niveles y sectores, conocida como la descentralización funcional o por servicios.

La llamada descentralización territorial es una manera de distribuir el ejercicio de la función administrativa, con una consecuencia de naturaleza política porque dicha descentralización es el fundamento que permite establecer la existencia de los niveles territoriales del gobierno representativo conformado por las corporaciones públicas y autoridades ejecutivas de elección popular; y en ese orden de ideas la Constitución distingue cuatro categorías básicas de entidades territoriales y dos categorías alternativas. Las primeras se refieren a los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. Mientras que las entidades territoriales alternativas, que solamente tienen posibilidades en la medida en que se desarrolle una Ley Orgánica Territorial hacen referencia a las áreas metropolitanas, las provincias y las regiones.

Debe indicarse que las entidades territoriales, que son el prototipo de división que configura la descentralización territorial del Estado, son las que gozan del mayor grado de autonomía prevista en el ordenamiento constitucional colombiano para entidad administrativa alguna. Así las cosas, la autonomía de estas entidades tiene un núcleo esencial consagrado en el artículo 287 de la Constitución Política que goza de garantía constitucionales porque en él se incluyen derechos o poderes inalienables de tales entidades territoriales, de tal naturaleza que impiden el ejercicio de controles de tutela o de índole similar, en cabeza de entidades nacionales o del poder central nacional en lo que atañe a las materias allí indicadas. Significa lo anterior que respecto a este núcleo básico de autonomía, solamente puede intervenir la ley de la República, dentro del marco de la misma, para establecer normas configurativas expresamente autorizadas por la Constitución, quedando excluida la posibilidad de determinación y por ende de control de otras autoridades nacionales.

Las categorías de entidades territoriales son establecidas directamente por la Constitución, lo que impide que el legislador pueda crear nuevas categorías de tales niveles de gobierno; y, dentro del núcleo de su autonomía, dichas entidades cuentan con autoridades propias. Lo que significa que el constituyente ha determinado para cada entidad territorial la existencia de un órgano de deliberación que genere las funciones básicas que la Constitución le ha asignado al respectivo nivel territorial; y, de otra parte, un funcionario encargado de las funciones ejecutivas o administrativas, director de la función administrativa de cada entidad, así el Gobernador en el Departamento y el

Alcalde en el Municipio, situación que pone a estos funcionarios en posiciones de garantes del ejercicio de las funciones públicas en los confines de la entidad territorial.

No significa que las autoridades de la rama ejecutiva nacional no posean en otras materias distintas, a tal núcleo de autonomía territorial, funciones de control, supervisión o incluso de determinación. Lo tienen respecto de las competencias nacionales delegadas o desconcentradas y, por consiguiente, derivándose de tal situación la posición de garantes en lo que tiene que ver con sus relaciones interterritoriales. Así, por ejemplo, en materia de orden público, de fijación de la política macroeconómica del Estado, en materia tributaria, en materia de transporte, para mencionar sólo algunas, las entidades nacionales a través del Presidente de la República, de los Ministros y de determinados Departamentos Administrativos tienen un poder de control, supervisión y de determinación de las decisiones que adopten las autoridades ejecutivas del orden territorial. Como puede observarse aquí, la posición de garante se encuentra en una situación mucho más flexible que en otras instancias del ejercicio de la función administrativa.

A diferencia de la descentralización por territorio, la descentralización por servicios implica en cada nivel territorial, es decir, al nivel de nación, de departamento, de municipio, de distrito, la creación de órganos dotados de personería jurídica en función del específico cumplimiento de una actividad. Por consiguiente, se concibe como una técnica de la división del trabajo administrativo de naturaleza transversal porque está prevista para ser implementada en los niveles territoriales del gobierno que ha definido el constituyente. Lo anterior significa que la Nación y las entidades territoriales autónomamente pueden definir su estructura administrativa, esto es, definir los órganos que pertenecerán al nivel central de cada nivel territorial así mismo, las entidades que comprenderán o configurarán el sector descentralizado por servicios. Es decir, que tanto a nivel nacional, departamental, como a nivel municipal, pueden crearse otros órganos dependientes de su estructura central o crear entidades de naturaleza descentralizada para el desempeño de una labor especializada o un servicio específico a cargo del respectivo nivel territorial.

Es una competencia de carácter autónomo, lo que significa que las autoridades ejecutivas nacionales no pueden determinarles a las autoridades departamentales, municipales o distritales cómo crear o no crear órganos centralizados o descentralizados en estructura, porque es una competencia

que pertenece a cada uno de los niveles territoriales con prescindencia de todos los demás.

Dentro de las diferencias que pueden establecerse entre las modalidades de descentralización territorial y descentralización por servicios o funcional, quizás valga destacar, para efectos del presente estudio, que desde el punto de vista de los niveles de autonomía, el nivel más limitado corresponde a las formas de administración funcional o por servicios, porque las entidades que configuran estas modalidades de descentralización siempre estarán sujetas al control tutelar del gobierno del respectivo nivel territorial, mientras que, como ya decíamos, las entidades territoriales como categoría de la descentralización por territorio gozan de un núcleo básico de autonomía que excluye cualquier posibilidad de control tutelar por parte de la autoridad ejecutiva nacional. Ese núcleo básico de autonomía es el que configura las materias del artículo 287 de la Constitución Nacional, en consonancia con las funciones del departamento, municipios y distritos, de manera que solo la ley puede definir o delimitar los confines de esa autonomía de que gozan las autoridades territoriales respecto de determinadas materias.

En ese orden de ideas, las entidades descentralizadas por servicios no gozan en su autonomía del mismo alcance que la autonomía de las entidades territoriales, pues a aquellas solo se les garantiza su capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones en el tráfico jurídico para contratar y adoptar decisiones administrativas mediante el ejercicio de potestades propias; igualmente, se les permite contar con patrimonio independiente y, por ende, separado del patrimonio de autoridad del nivel territorial a que pertenezcan; y, finalmente, se les garantiza, consecuentemente con lo anterior, disponer de capacidad financiera diferente a la del respectivo nivel territorial al que pertenezcan.

No pueden actuar por fuera del marco de la política pública que el nivel central les impone y tampoco pueden asumir potestad reglamentaria como ocurre con las entidades territoriales y con las autoridades administrativas independientes. Ahora bien, la propia legislación se ha encargado de matizar la autonomía de las entidades descentralizadas por servicios según la naturaleza de la misión institucional a su cargo, y según las potestades o facultades que por tal naturaleza deban utilizar para su cumplimiento. Desde 1968 el concepto de descentralización funcional o por servicios, a partir de las características anotadas, impone la adscripción o vinculación del ente funcionalmente descentralizado a la administración central del nivel territorial al que pertenezca; así, si trata de una entidad descentralizada departamental, estará adscrita o vinculada a la Gobernación. Si se trata de una

entidad descentralizada nacional, a un ministerio o departamento administrativo. Tales órganos centralizados de adscripción o vinculación ejercen un control de tutela sobre la entidad descentralizada, con miras a obtener la coordinación de la función administrativa. Dicho control tiene como premisa básica limitar la autonomía de la entidad descentralizada por servicios y, por ende, otorgar a determinados órganos y funcionarios del nivel central poderes de carácter presupuestal; de imposición de políticas, planes y programas; de orientación, seguimiento y aun de corrección a nivel directivo. Así por ejemplo, el Gobernador en el departamento y el Alcalde en el municipio ejercen el control de tutela sobre los organismos descentralizados por servicios de esos niveles territoriales.

Tal control se constituye así en un referente de fijación y seguimiento de políticas públicas, como desarrollo de la función directiva que siempre radica en la administración central originaria. Esto es, como un poder de supervisión y orientación que se ejerce sobre la constatación de la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector administrativo correspondiente y que es llevado a cabo por una autoridad sobre otra, o sobre una entidad, control que el constituyente avaló cuando acogió esta forma de organización administrativa denominada por servicios o de carácter funcional.

En ese orden de ideas, el nexo entre la administración central y el sector descentralizado permanece vigente a través del llamado control de tutela, previsto desde la reforma constitucional en materia administrativa en evolución desde 1968.

Si como hemos señalado, la autonomía de las entidades territoriales excluye cualquier intervención de la función administrativa nacional, en cambio la autonomía por la gestión de los asuntos que son de competencia de las entidades descentralizadas por servicios no es absoluta, pues ha de ajustarse a los requerimientos de la planeación y disposición de políticas públicas en cabeza del poder central del nivel territorial de que se trate. El control de tutela así concedido es un instrumento que comporta manifestaciones tanto en el plano de la legalidad (supervisión de legalidad), como de la oportunidad (supervisión de la oportunidad) de la actuación administrativa, pues no solamente versa y garantiza la conformidad de las decisiones de los organismos descentralizados con las disposiciones constitucionales legales y reglamentarias aplicables al sector, sino que estudia y hace seguimiento de la oportunidad de la actuación administrativa en la ejecución de las políticas públicas, en el desarrollo de la parte correspondiente al plan del sector

administrativo correspondiente, y en cuanto a la ejecución y consecución de resultados con base en el presupuesto público aplicable.

El control de tutela se ejerce entre otros mecanismos a través de la capacidad nominadora que tienen las autoridades centrales para designar los cargos directivos de la respectiva entidad descentralizada. Así mismo, con la presencia de representantes del sector central en las juntas o consejos que son los órganos directivos del ente funcionalmente descentralizados en cuyo seno discuten y aprueban el presupuesto, discuten y aprueban lo concerniente al plan sectorial; discuten y aprueban las evaluaciones de desempeño, entre otras actividades. También forma parte, como instrumento del control de tutela, el mecanismo de veto que se establece mediante la exigencia del voto favorable de la autoridad central para hacer reformas o estructuras internas en la entidad descentralizada conforme lo determine el legislador o la norma de creación de la misma.

Por tal razón dentro de la estructura de las entidades descentralizadas por servicios o por funciones que, repetimos, puede adoptarse a nivel nacional, departamental, municipal o distrital, conforme a la autonomía de que gozan los distintos niveles territoriales, se debe diferenciar entre entidades adscritas y entidades vinculadas.

La diferencia entre una y otra calidad estriba a su vez en la autonomía que para tomar sus decisiones tienen las unas y las otras en función de su objeto social. Recuérdese que la premisa de la que se parte con la descentralización funcional o por servicios especializados no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada de que se trate, pues la unidad de acción del Estado en cualquiera de sus niveles requiere precisos instrumentos de coordinación en la formación de las políticas públicas que están detrás de los planes y programas de desarrollo a los que necesariamente están determinadas todas las entidades públicas.

Las entidades adscritas cumplen funciones administrativas o servicios esencialmente administrativos y las entidades descentralizadas vinculadas tienen por objeto la prestación de servicios comerciales, industriales, financieros o de naturaleza civil.

Es evidente que por el objeto social de las entidades vinculadas estas vienen a gozar de un mayor grado de autonomía financiera, patrimonial y administrativa respecto de las entidades adscritas, puesto que estas últimas se deben ceñir estrictamente al régimen de expedición de actos, de celebración de

contratos y al régimen de personal que rige para la administración central del Estado, siendo por ello titulares de potestades administrativas unilaterales o de prerrogativas del poder público. Las vinculadas en cambio para el cumplimiento de su objeto están sometidas al mismo régimen de actos y contratos que rige para los particulares, pues su actividad para el caso de las comerciales, industriales y financieras está en función del mercado y la competitividad. No significa lo anterior, sin embargo, que las entidades vinculadas no gocen o no tengan a su cargo el ejercicio de competencias administrativas, pues por el solo hecho de formar parte de la estructura y organización administrativa del Estado, sus órganos de dirección como son las juntas o consejos administrativos y sus administradores cumplen funciones administrativas en todo el conjunto de relaciones con el nivel central; en lo atinente a la elaboración de las políticas públicas a su cargo; en relación con el control fiscal y de inspección del Estado sobre su gestión económica; y en lo atinente a su presupuesto y estructura propia.

Así las cosas, es posible concluir que en el ámbito de la descentralización por servicios existe un control de tutela que —con respecto a la autonomía de que gozan estas entidades en cada uno de los niveles territoriales— pone en cabeza de determinadas autoridades centrales funciones de planeación, orientación, control, vigilancia y supervisión que les genera la posición de garantes a las que estamos haciendo referencia, pero solo respecto de aquellas materias que expresamente la Constitución y la Ley y la norma de creación establezcan como el núcleo básico de la tutela administrativa en cabeza de determinadas autoridades centrales, respecto de las entidades descentralizadas. Tal es el sentido del artículo 68 de la ley 489 de 1998, cuando sujeta a las entidades descentralizadas por servicios, bajo “la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas”.

Por último, se debe destacar que en la diferencia entre entidades adscritas y vinculadas existe un margen de mayor autonomía respecto de estas últimas, pero no por ello se excluye el llamado control de tutela y la posición de garante que se deriva de esta última.

Es evidente que esa posición de garante que puede localizarse en el ámbito del control de tutela no tiene la misma intensidad de penetración en las funciones de los representantes legales de las entidades descentralizadas por servicios, pues se circunscriben a determinación, seguimiento y control de las políticas públicas y a aquellas que sean objeto de conocimiento funcional en las juntas o consejos directivos de la misma. De allí en adelante, responderá integralmente dicho representante legal como jefe superior de la entidad descentralizada, como cabeza de toda entidad pública, pues

para ello gozan de autonomía administrativa y personería propia, pese a que dentro del contexto de la descentralización la ley también consagra la posibilidad de dividir el trabajo conforme a las reglas de la desconcentración y la delegación. Tal es el sentido del artículo 7º de la misma ley, cuando desarrolla el principio de descentralización, velando por el establecimiento de disposiciones “de delegación y desconcentración de funciones [...] sin perjuicio del necesario control administrativo”.

Como se observa, la función de garantes de los miembros de la junta directiva y, en general, de quienes ejercen control de tutela sobre organismos descentralizados por servicios no será tan estrecha y tan cercana como la que puede predicarse de la desconcentración o de la delegación de funciones como a continuación pasa a verse.

La desconcentración, en efecto, hace referencia a la distribución de competencias y funciones en una misma entidad pública entre diferentes áreas o dependencias funcionales o entre distintas seccionales territoriales que la componen. Es pues otra manera de transferir funciones o competencias, pero a diferencia de la descentralización en donde el traslado se otorga entre distintas personas jurídicas, la desconcentración implica distribuir funciones bajo una estricta y estrecha relación de dependencia con relación a una misma cabeza, un mismo órgano y a una misma autoridad, sin que necesariamente las dependencias, áreas o seccionales vinculadas a dicha desconcentración gocen de personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativos propios. Conforman divisiones o unidades entre las cuales se distribuye el trabajo de una misma persona jurídica o de una misma entidad estatal, sea centralizada o sea descentralizada por servicios. En ese orden de ideas significa que en la desconcentración la responsabilidad se halla dividida por tareas, pero en todo caso unida bajo la coordinación de la cabeza de la entidad, es decir; la desconcentración siempre supone una relación jerárquica.

La Corte Constitucional en sentencias C-496/98, T-024/96 y C-561/99 ha concebido que “la desconcentración así concebida presenta las siguientes características:

“1) La atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico.

“2) La competencia se confiere en órgano medio inferior dentro de la jerarquía. Debe recordarse, sin embargo, que en cierta medida, personas jurídicas pueden ser igualmente sujetos de desconcentración.

“3) La competencia se confiere en forma exclusiva, lo que significa que ha de ejercerse precisamente en poder de la desconcentrada y no por otro.

“4) El superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal”.

Lo anterior significa que en la desconcentración no hay una decisión discrecional de la cabeza de la entidad, para despojarse de sus atribuciones o contar con el apoyo de sus subalternos transfiriéndoles funciones propias, pero de todas maneras siempre gozará de un poder de supervisión de control y como lo dice la misma norma que define la desconcentración en el artículo 8 de la Ley 489 de 1998, esta opera sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración. Nótese cómo el artículo 8 de la Ley 489 de 1998 desarrolla el principio de desconcentración, radicando competencias y atribuciones en distintas unidades de trabajo y sedes territoriales distintas de donde se ejercen las originarias, “sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción” que les corresponde ejercer a los jefes superiores. Allí se coloca a estos en una posición de garante.

Es decir, la función desconcentrada siempre estará determinada por las funciones de instrucción, orientación y supervisión de los jefes superiores de la Administración Pública, y dado que la función desconcentrada es ejercida por los distintos niveles que conforman la entidad, la última palabra siempre quedará en cabeza de los jefes superiores de la Administración, quienes a la postre son los que adoptan en forma de actos administrativos o de contratos administrativos las decisiones que comprometen en el ordenamiento jurídico a la entidad estatal correspondiente.

Las funciones desconcentradas, por lo general, se establecen a través de una norma legal, ordenanza o acuerdo, según el nivel territorial de que se trate; bien a través de una norma de creación, o bien a través de los estatutos o de los reglamentos internos de la entidad. Es decir, que no está en el ámbito de la discrecionalidad del superior jerárquico definir cuáles funciones desconcentra y cuáles no desconcentra, como sí ocurre por ejemplo en la delegación.

La delegación es una de las formas de organización administrativa que genera un vínculo más estrecho entre el titular de la función y el delegado.

Como tuvimos ocasión de comentarlo en otra oportunidad¹⁵:

“Características:

- 1) A diferencia de la desconcentración que es operada por el organismo que determina la estructura de la Administración en el correspondiente nivel territorial, la delegación es realizada y revocada por la autoridad administrativa a la que se ha confiado originalmente la atribución. Se trata del otorgamiento de un poder decisorio al subalterno, quien puede tomar las decisiones con las funciones del superior jerárquico. Solo opera sobre las funciones directivas de la entidad y se trata de una función de naturaleza discrecional, sin perjuicio de las necesarias autorizaciones y límites expresos previstos en la ley.
- 2) No es una enajenación de competencia, pues no se modifica el manual de funciones originario y, consiguientemente, la competencia puede reasumirse como control o terminación de la delegación. Esto significa que el delegante puede ejercer sus funciones así las haya delegado.
- 3) No todas las funciones pueden ser objeto de delegación. Conforme al régimen constitucional colombiano se requiere autorización legal para que una autoridad administrativa pueda hacer el traslado de funciones por este mecanismo. Debe estar autorizada por ley y por la norma que establece la competencia.
- 4) Es una relación de jerarquía que diferencia la delegación propia de otras manifestaciones de traslados a discreción del titular, como cuando esta se hace mediante convenio.
- 5) No cualquier subalterno puede ser delegatario. Se requiere conforme a la legislación colombiana que se trate de funcionarios del nivel directivo o asesor.
- 6) Las funciones que se autorizan delegar deben ser afines y complementarias de las atribuidas al sujeto delegatario.

¹⁵ MOLANO LÓPEZ, MARIO ROBERTO. Transformación de la función administrativa. Bogotá; Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 186 a 189.

7) Se debe hacer mediante acto administrativo particular y concreto. Esto significa que el delegante en ejercicio de una potestad discrecional y unilateral debe identificar con toda precisión la materia delegable, identificar al titular de la delegación, definir su duración y establecer las modalidades de cómo debe llevarse a cabo la delegación.

8) La delegación propia es un acto que debe ser notificado personalmente y, consiguientemente, es susceptible de los recursos en sede administrativa, lo que indica que mientras no se encuentre en firme o haya causado estado, no puede comenzar a producir sus efectos.

9) Dado que la delegación de funciones administrativas constituye una excepción al principio de exclusividad de la competencia y que las materias delegables son las que para tal efecto autorice la ley, de conformidad con el ordenamiento colombiano, no es posible delegar la expedición de reglamentos o de normas de carácter general.

Tampoco es posible delegar la función que ha sido conferida por delegación, pues ello diluiría la responsabilidad administrativa y la certeza que demanda el ejercicio de la función administrativa.

Finalmente, no es posible delegar, de conformidad con la ley colombiana, las funciones administrativas que por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación. Existen atribuciones que por naturaleza no son susceptibles de delegación como son las que corresponden a la Jefatura de Estado, o las administrativas requeridas para la conformación de otros órganos del Estado, como la elaboración de ternas; o, finalmente, la potestad disciplinaria que poseen los superiores jerárquicos.

10) En principio, la responsabilidad derivada de las funciones delegadas es imputable al delegatario. Sin embargo, una lectura absoluta de tal aserto es equivocada y resulta peligrosa para la buena marcha de la Administración del Estado.

No hay duda de que quien ejerce en últimas una función administrativa responde de manera directa por los daños o violaciones que se produzcan con ocasión de la misma. Pero si se trata de una función delegada, la legislación colombiana claramente establece una serie de obligaciones a cargo del delegante, que traen como consecuencia su responsabilidad.

En efecto, el delegante al disponer la delegación dentro de los parámetros que contempla la ley para garantizar la regularidad de la delegación ejerce una potestad discrecional que le permite ponderar un margen de riesgo en su determinación que a la postre puede acarrearle una responsabilidad por culpa in eligiendo. De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 489/98, los funcionarios delegantes tienen la obligación de “informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado”, así como la de “impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas”, lo que unido a la posibilidad que tiene el delegante, de reasumir la competencia delegada y revisar los actos del delegatario, cabalmente permite concluir que el funcionario que delega no está eximido de las responsabilidades derivadas de actuaciones delegadas, pues la omisión a sus deberes de vigilancia y corrección puede ser fuente de resarcimiento a terceros”¹⁶.

Como puede apreciarse, la delegación es una modalidad de autodeterminación del ejercicio de la función administrativa, pues quien tiene el dominio y la titularidad de la función, en un acto voluntario decide transferírsela a funcionarios subalternos; por consiguiente, resulta difícil concluir que el delegante no tenga conciencia del grado de importancia o determinación de la función que delega, de los alcances de la misma, de los riesgos que incluso puede comportar como por ejemplo cuando la función implica ejecución de gasto público, inversión o giro de recursos públicos. En el mismo sentido, tal decisión voluntaria no es ajena a que el delegante determine cuál es el funcionario que por su perfil profesional o personal es quien llevará a cabo la función y qué competencia, habilidad y experiencia se requieren para

¹⁶ Conforme al artículo 11 de la Ley 489 de 1998, que establece el régimen general de autorizaciones para la delegación de la función administrativa entre funcionarios de una misma entidad, no es posible utilizar tal figura para la expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley; como tampoco las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación; y finalmente, no serán objeto de delegación las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

cumplir una misión que no deja de ser importante en la medida en que está radicada originariamente en cabeza del superior jerárquico de la entidad. Recuérdese que no cualquier subalterno puede ser delegatario de la función y que siempre la delegación implica una relación de jerarquía y de potencial presencia del delegante en el desarrollo de la actividad.

Ahora es muy importante señalar los deberes que se derivan de la delegación en cabeza del delegante, cual es la de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya otorgado y, por lo tanto, de establecer los mecanismos o herramientas que garanticen que dicha información va a fluir y le va a llegar de manera oportuna para tomar las decisiones que en un momento dado correspondan como sería, por ejemplo, la de avocar o la de revocar si es que de la información que tiene surge que se ha hecho un mal uso de la función. En tal sentido ese deber de información tiene un sentido correctivo, no es una información pura y simple, sino una información con una finalidad específica como la de garantizar la legalidad y oportunidad de la decisión delegada o la de adoptar las medidas correctivas que sean del caso, tanto en la legalidad como en la oportunidad.

Así mismo tiene el deber de impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas. Esto significa que la delegación no es una desnuda transferencia de funciones del superior al subalterno, sino que debe desarrollarse en un marco de orientación que permita definir objetivos, que permita definir para qué en concreto se hace la delegación, que permita definir incluso metas temporales susceptibles de verificación por parte del delegante sobre los actos del delegatario, de modo que respecto a tales orientaciones el delegatario y el delegante de manera oportuna puedan también adoptar los correctivos que la decisión administrativa demande.

El deber de reasumir la competencia o de revocar los actos es un deber que no solamente se conecta con la oportunidad, sino con la legalidad y que obliga al delegante a desplazar la competencia del delegado para adoptar directamente la decisión que sea conforme a derecho y a las orientaciones que se han emitido de manera previa conforme a los mandatos legales y de planeación que afecten la competencia delegada.

En cuanto a la delegación, si bien se afirma que exime de responsabilidad al delegante (inc. 2º art. 211 C. N.), la propia Constitución defiende tal exención a los términos que defina la ley. Frente a las premisas de los párrafos anteriores, resulta comprensible que lo que al respecto ha contemplado el legislador en la Ley 489 de 1998 es la certeza de la responsabilidad directa

del delegatario, pues lo que se ha querido es prohibir una responsabilidad solidaria; pero, por otra parte, al disponer de unos precisos deberes de orientación, seguimiento y avocación, el legislador consagra en el delegante una precisa responsabilidad plenamente radicada en la dogmática de la comisión por omisión atribuible al mismo¹⁷. Tan cierto es lo anterior que el delegante puede reasumir en cualquier momento, reformando y revocando los actos del delegado (ibíd.), por lo que no cabe duda de que le compete un control sobre su actividad; de allí que la misma ley en su artículo 10 haya establecido que los delegantes “deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas”, y que se deriven consecuencias en el específico campo de la delegación en materia contractual (parágrafo 4º del artículo 2 de la Ley 678 de 2001).

Queda finalmente por ver lo concerniente a la llamada descentralización por colaboración, figura que no ha tenido en Colombia un adecuado tratamiento como para permitir establecer delimitaciones entre las distintas figuras jurídicas que involucran la presencia de un particular en la vida administrativa. En la materia, la Constitución ha establecido que de modo excepcional los particulares pueden ejercer funciones públicas (artículo 123 de la Carta). Por otro lado, ha señalado que la manera como los particulares puedan ejercer funciones administrativas será determinada por la ley conforme lo dispone el artículo 210 de la misma Constitución.

En ese orden de ideas, en Colombia pueden distinguirse aquellas atribuciones de funciones públicas otorgadas por la ley en concreto como, por ejemplo, ocurre con los Notarios, la Federación Nacional de Cafeteros, las Cámaras de Comercio, las Curadurías Urbanas, entre otras, conforme a las cuales, una ley en el sentido singular les confiere funciones de carácter administrativo a determinados sujetos como los mencionados. También es posible distinguir aquellas atribuciones que la Ley les confiere en general a las autoridades administrativas para transferencia de funciones públicas, como es el caso de lo regulado en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998.

En ambos casos es preciso señalar que todas las funciones que se les otorga a los particulares son originarias del ente estatal, es decir, son funcio-

¹⁷ La doctrina italiana habla, en el ámbito del ilícito administrativo, de una “responsabilidad solidaria” que comporta una inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad; FIANDACA GIOVANNI y MUSCO ENZO. Derecho Penal Parte General. Bogotá: Temis, 2006, pp. 878 y 879.

nes que por su naturaleza corresponden a poderes inherentes al Estado. Consiguientemente, que siempre que haya un particular en ejercicio de funciones públicas y, en concreto, de funciones administrativas también siempre habrá detrás una entidad doliente como responsable de llevar a cabo el control, para determinar cómo el particular está ejerciendo una función que es inherente al Estado. Situación que colocaría a dicha entidad y sus titulares en una posición de garantes, de cómo el particular ejerce conforme a la legalidad y a la oportunidad, poderes que son exclusivos del Estado.

Esto parece suficientemente claro, por ejemplo, a partir del artículo 110 de la mencionada Ley 489 de 1998, artículo que determina las condiciones para el ejercicio de las funciones administrativas por particulares y en cuyo inciso 2º señala que “la regulación, 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 la que, en consecuencia, deberá impartir instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio”.

Así mismo, puede leerse en el artículo 114 de la misma ley que “sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular”.

No hay duda de que aun en el ámbito de la llamada descentralización por colaboración, que en realidad podría corresponder a una delegación impropia de funciones administrativas que hace el Estado en determinados particulares por mandato de la ley o en virtud de la ley, también se hace presente la figura del garante y, por ende, la posibilidad de encontrar situaciones donde la comisión por omisión genere responsabilidad penal o disciplinaria respecto de quienes son los titulares de los deberes de control, supervisión, orientación, definición y seguimiento de las funciones a ejecutar por los particulares involucrados.

Así, se tiene que los jefes de la Administración, en todas sus dependencias y frente a los casos señalados en la Constitución, la Ley y los Reglamentos se encuentran en una posición de garante frente a otras personas que ejercen descentralizada, desconcentrada o delegadamente la función administrativa. Tienen que evitar, en lo que les sea posible, que estas desvíen la función pública.

Tal responsabilidad viene impuesta, según la doctrina, por los conceptos de responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando*¹⁸.

Tal posición tiene pleno asidero en la doctrina especializada, toda vez que, como se puede notar en la exposición de NAVARRO CARDOSO, una cosa es la responsabilidad solidaria y otra muy diferente la responsabilidad en comisión por omisión donde el garante responde no por lo que hace el autor material, sino por cuanto ha desconocido su deber de vigilancia y la infracción ha sido posible porque él ha incumplido la obligación legal de prevenirla¹⁹.

Ahora bien, es posible que de la división del trabajo que se dispone en cada uno de los sistemas de organización administrativa referidos, sea viable predicar el principio de confianza de los superiores en los subalternos en quienes están asignadas las funciones desconcentradas o delegadas. Sin embargo, dicho principio de confianza no es absoluto y, consiguientemente, no puede ser excluyente de responsabilidad en todos los casos. Así las cosas, si quienes tienen la posición de garantes en el cumplimiento de los deberes de una entidad pública por el cargo que ocupan, respecto de las funciones atribuidas a unidades y funcionarios subalternos de la misma entidad, no han implementado las líneas de orientación general para el cumplimiento de las funciones desconcentradas o delegadas; no han definido herramientas claras y concretas que sirvan de cauce para el fluir de información al que están obligados a conocer y disponer en todo momento sobre las funciones desconcentradas y delegadas; si previo conocimiento no han adoptado determinaciones que permitan la corrección o adopción de medidas correctivas no solo mediante la vocación o revocación de los actos delegados o desconcentrados, sino mediante nuevas instrucciones que permitan esas correcciones, es evidente que tales jefes como garantes del cumplimiento de los deberes a cargo de una entidad pública y de las funciones a cargo de los subalternos deben responder por haber omitido funciones que de cumplirse hubieran evitado la trasgresión del ordenamiento jurídico, siempre y cuando se encuentren presentes los elementos estructurales de la comisión por omisión ya señalados.

¹⁸ GORDILLO, AGUSTÍN. Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Machi, 1977, p. IX-28. Así, respecto al ilícito administrativo, la legislación y doctrina italianas; FIANDACA-MUSCO, ob.cit, p. 877.

¹⁹ NAVARRO CARDOSO, FERNANDO. Infracción Administrativa y delito: Límites a la intervención del derecho penal. Madrid: Colex, 2001, pp. 56 a 63.

De allí que no basta con establecer cualquier sistema de información. Este sistema de información debe ser efectivo, debe probar su eficacia, de modo que cualquier observador del mismo pueda deducir que en realidad el jefe o superior jerárquico no fue informado de lo que estaba aconteciendo por una actitud dolosa o manifiestamente indiligente de quien era el titular directo de la función, por delegación o desconcentración, o de quien ejercía las atribuciones de supervisión y de interventoría, por ejemplo, en un contrato administrativo. Ese control a la eficacia y a la legalidad que es evidentemente el control que tienen los jefes de verificación mínima de que todo se está cumpliendo conforme a la oportunidad y a la legalidad es el elemento clave para establecer el nexo entre la responsabilidad jurídica de los jefes superiores de la Administración y el principio de confianza que, se repite, no es absoluto, sino que actúa en función de los deberes precisos que conforman el control y vigilancia en cabeza de los superiores jerárquicos respecto a las actuaciones de sus subalternos.

También la figura de la comisión por omisión se abre paso en el derecho disciplinario de los abogados, puesto que, como un nuevo deber profesional del abogado, aparece el de “atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al control de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y a aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo” (artículo 28 numeral 10 de la Ley 1123 de 2007).

Allí tenemos consagrada una posición de garante que da origen a una comisión por omisión. La Ley 1123 de 2007 no habla de comisión por omisión, empero, al referirse a la omisión como una forma de conducta, es claro que contempla los conceptos de omisión propia e impropia, habida cuenta de que donde no distingue el legislador no le es dable hacerlo al intérprete; pero además, aquí nos encontramos ante un vacío legislativo que, de conformidad con el artículo 16, debe llenarse con la Ley 734 de 2002: para el caso con el inciso 2º del artículo 27 que contempla la figura de la comisión por omisión.

3. Caso específico de la delegación como fuente de la comisión por omisión

Si los delegantes están enterados y tienen conocimiento de lo que está sucediendo en la órbita de la competencia delegada, y no actúan pudiendo hacerlo, dentro del propio ámbito de dominio, incurrirán en comisión por omisión a título de dolo. Si, por falta de seguimiento y control, no conocen

lo que sucede, y sucede siendo previsible o cognoscible, incurrirán en comisión por omisión a título de culpa.

El Procurador General de la Nación, EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, por auto de única instancia del 19 de abril de 2002, radicación N° 001-50569-01, expresó:

... ciertamente el inciso 2° 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 6° 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 6° 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 2° 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 (art. 211 de la Carta), resulta obvio entender que para ello tiene que estar permanente y constantemente pendiente del control del delegado, toda vez que este actúa “bajo las orienta-

ciones 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”²⁰.

MAYA VILLAZÓN ha desarrollado el punto concreto a nivel doctrinal, señalando que

El artículo 211 de la Constitución determina que la “delegación exime de responsabilidad al delegante” y que la misma “corresponderá exclusivamente al delegatario”.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002, M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Jurisprudencia y doctrina interpretaron tal norma en el sentido que la delegación liberaba de responsabilidad al delegante, generando una importante y extensa laguna de impunidad debido a una incorrecta interpretación de la norma.

Este criterio ha variado últimamente. Los operadores jurídicos han desentrañado los correctos alcances de la norma, impidiendo la impunidad generada con la rectificadora interpretación exegética.

La afirmación de que la “delegación exime de responsabilidad al delegante” no puede ser tomada de manera descontextualizada, pues la misma se inserta dentro del sistema general de responsabilidad que postula la Carta. Así, el artículo 6° de la misma precisa que todo servidor público responde por las acciones u omisiones que desarrolle en el ejercicio de sus funciones. Se diseña así un sistema de responsabilidad personal o individual. De esa manera lo expresado en el artículo 211 no es más que una fórmula mediante la cual se prevé la exclusión de la responsabilidad “solidaria”, con claros tintes objetivistas, en orden a afirmar la responsabilidad de tipo individual y subjetiva normada en los artículos 6° y 29 de la Constitución.

La facultad anotada connota los controles de tutela y jerárquico, determinados en el artículo 208, numeral 2 de la Constitución, los cuales tienen que ver con la “dirección de la actividad administrativa” a cargo de los ministros, principios reiterados por las normas que regulan la administración descentralizada por servicios y territoriales.

La vinculación del control jerárquico obliga incluso cuando se trata de la desconcentración de funciones que impone una relación de mayor independencia que en la delegación, puesto que se ordena por ley, esta 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 (Sent. T-024/99). En la delegación, por el contrario, la relación es más estrecha, dado que el conocimiento del asunto se puede asumir en cualquier momento, como lo dispone el citado artículo 211.

Si en la delegación opera el control jerárquico, también debe predicarse que “el control se extiende a todos los aspectos del acto” (Sent. C-497A/94). Según la jurisprudencia “en general es propio de la delegación que la autoridad delegataria se encuentre en una cierta subordinación frente a quien delega”. Al “de-

legar 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”. El delegante conserva, como lo dispone el artículo 209 de la Constitución, el “deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal”, 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”.

La delegación no justifica 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” (Sent. C-372/02).

Dicho lo anterior, resultan dos formas de imputar la responsabilidad al delegante por cuenta de la gestión ilegal del delegado: En primer término, si existe acuerdo entre delegante y delegado para realizar conductas reprochables materializadas por el segundo, o cuando por cualquier medio el primero lo determina, se da el fenómeno de la “determinación”; el delegante será determinador, y el delegado el determinado o autor material (art. 26 CDU).

Y en segundo término, si el delegado realiza autónomamente las conductas reprochables y el delegante no realiza el debido control, bien porque sabiendo sobre ello se abstiene de hacerlo (dolo) o la abstención es producto de la negligencia en el control (culpa), al delegado deberá imputársele autoría material, y al delegante comisión por omisión en modalidad de autoría (inc. 2º art. 27 CDU).

El fenómeno regulado en el segundo punto resulta novedoso al introducir la llamada comisión por omisión en derecho disciplinario: la conducta punible la agota el delegado pero la misma se imputa a título de dolo o culpa, según el caso, al delegante, pues al tener este el deber jurídico de vigilancia y control acorde con el artículo 10º de la Ley 489 de 1998, el mismo que le impone

el deber de “informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas” y al poder evitar el resultado, si hubiese ejercido el debido control, al no hacerlo, se entiende que lo ha realizado.

Finalmente, en cuanto a la sanción por imponer a uno u otro será, de conformidad con el grado de culpabilidad, la misma que se haya previsto para el tipo disciplinario que infringe el delegado²¹.

La Viceprocuraduría General de la Nación ha establecido recientemente:

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”²².

²¹ Ámbito Jurídico, No. 130, año VI, Bogotá: Legis, 2003, p. 15A.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002, M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

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”²³.

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”²⁴.

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 contractual²⁵.

Concepción que cuenta con soporte en la dogmática de la Administración Pública en cuyo andamiaje la división del trabajo permite delimitar claramente entre la responsabilidad solidaria y otra muy diferente, predicable de los jefes superiores de tal organización, como lo es la responsabilidad en comisión por omisión donde tales jefes como garantes responden no por lo que hace el autor material, sino por cuanto han desconocido su deber de vigilancia y la infracción ha sido posible porque él ha incumplido la obligación legal de prevenirla²⁶.

Podría objetarse a esta forma de responsabilidad el que el resultado de que habla el artículo 27 de la Ley 734 de 2002 es de índole naturalística, como en alguna oportunidad lo sostuvo la doctrina desde el ámbito del Derecho Penal.

Empero, es claro, como quedó recientemente expuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C-720 de agosto 23 de 2006, M.P. CLARA INÉS

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

²⁵ Auto de primera instancia del 17 de febrero de 2003, radicación No. 154-78729-2002, Viceprocurador General de la Nación CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU.

²⁶ NAVARRO CARDOSO, ob. cit, pp. 56 a 63.

VARGAS HERNÁNDEZ, que una cosa es el Derecho Penal y otra el Derecho Disciplinario, por lo que en esta órbita existe autonomía e independencia en la aplicación e interpretación de la ley disciplinaria frente a la penal.

Así mismo, incluso en el mismo ámbito penal, la misma institución por sentencia SU-901 de 2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, señaló que la expresión “resultado” en el ámbito del derecho sancionador debe ser entendida en términos jurídicos y no naturalísticos.

En esta línea doctrinal también así lo ha planteado ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, en coautoría con uno de los suscritos, en su libro “Delitos contra la Administración Pública”²⁷.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el artículo 211 de la Carta Política exime de responsabilidad administrativa al delegante “siempre y cuando sea ajeno al acto doloso y esté su comportamiento exento de culpa”, pero no así de la responsabilidad penal²⁸. Posteriormente afirmó que los ordenadores del gasto son garantes de la custodia y destinación de los recursos que administran, lo cual se constituye en un rol de primer orden como garante del cumplimiento íntegro del ordenamiento jurídico, debiendo responder por los asuntos de su competencia²⁹.

La jurisprudencia penal tiene establecido, ante el delito de celebración indebida de contratos por acción, que cuando se produce el fenómeno de la desconcentración administrativa, a través del mecanismo de la delegación, a pesar de que se reserva el jefe de la entidad la firma de los contratos, es su deber vigilar que los trámites realizados por otros servidores se ajusten a la ley: “es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos”, toda vez que la responsabilidad del *titular de la función contractual del Estado* estriba en constatar “que los órganos desconcentrados agotaron todas las etapas que garanticen que el procedimiento al que se acudió para obtener las ofertas base de dicha selección ha sido el legalmente previsto, conforme a la naturaleza o cuantía del contrato que está por celebrarse”, lo cual le es

²⁷ GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. Delitos contra la Administración Pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 142 y ss.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de julio 10 de 2001, M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de septiembre 24 de 2002, radicación No. 17392, M.P. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

imputable si no ejerció las “*ineludibles funciones de supervisión... estando en posibilidad de hacerlo*”³⁰.

Por sentencia de julio 27 de 2006, M.P. ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, la Corte Suprema de Justicia ha dejado claramente sentado que la comisión por omisión de que da cuenta el artículo 25 de la Ley 599 de 2000 también se aplica en materia de delitos contra la Administración Pública, en los cuales, obviamente, el resultado siempre debe entenderse en sentido jurídico³¹. Dice así la Alta Corporación:

“La muestra atendida permite inferir que por lo menos en muchísimas legislaciones –si no en todas– se ha plasmado una disposición que en materia de delitos de comisión por omisión pune a quien teniendo el deber jurídico de impedir un resultado evitable se abstiene de hacerlo. Y nótese en esa muestra que ninguna de las normativas restringe la comisión por omisión a ciertos y expresamente determinados bienes jurídicos.

En la materia, entonces, coinciden la primera parte del artículo 25 del Código Penal Colombiano y las regulaciones similares de otros países, en cuanto las conductas conocidas como de omisión impropia que emanan del incumplimiento de las obligaciones impuestas al hombre por la Constitución y/o por la ley no se circunscriben exclusivamente a unos pocos delitos.

Como se ve, la letra de la ley, la estructuración de la normativa pertinente, la historia reciente del articulado y el derecho comparado permiten afirmar lo dicho al comienzo de este sector de esta sentencia: el artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la *posición de garante* al deber impuesto por la Constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con *todo bien jurídico*; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles *frente a los bienes jurídicos vida e integridad de la persona, libertad individual y libertad y formación sexuales*.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de febrero 9 de 2005, M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN.

³¹ Sin duda el antecedente más importante fue la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Marta el 11 de octubre de 2005, radicación No. 2004-00122-00, Juez HELDER SAID DURÁN RODRÍGUEZ.

Y si el derecho impone a una persona una obligación, y esta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante, pues infringe sus deberes”.

Si ello es así, con mayor razón tales criterios operan en Derecho Disciplinario, habida cuenta de que en este sector del control no tienen relevancia alguna los resultados concebidos en términos naturalísticos, sino exclusivamente desde el punto de vista jurídico.

Creemos que el error de la jurisdicción contencioso-administrativa estriba en que no interpreta sistemáticamente el contenido del artículo 211 de la Carta Política, pues lo mira sólo insularmente y de manera exegética, sin detenerse a analizar el contenido del artículo 6 ibídem, que hace parte de los “Principios Fundamentales del Estado”, en el cual se funda, legitima y organiza la responsabilidad individual –que no solidaria, que es lo rechazado–, olvidando que este precepto está ubicado en la parte dogmática y es un principio rector, y como tal, no solo sirve para interpretar las demás normas –especialmente las de la parte orgánica (*normae normatae*)–, sino que prevalece sobre estas, habida cuenta de que son *norma normans*.

4. Premisas básicas de tratamiento de la comisión por omisión en la actividad contractual de la Administración

En particular, nos ocuparemos de la que emana de la figura jurídica de la delegación en materia contractual o en “la actividad contractual”.

Las entidades al celebrar un acto jurídico de naturaleza contractual o inherente a dicha actividad deben tener en cuenta, en particular, que “tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato” (artículo 12 numeral 1º de la Ley 80 de 1993), lo cual se predica no solo del delegado que contrata sino también del delegante, cada uno dentro de sus propias órbitas, habida cuenta de que se habla es de una “entidad” y no de una persona en concreto que contrata originaria o delegadamente, lo cual es perfectamente concordante con la definición que de entidad y de servidor público se hace por los numerales 1º literal a) y 2º ibídem.

Lo anterior es obvio para las demás actividades contractuales si se lee el numeral 9 del artículo 25 ibídem, puesto que allí, de manera clara, al dar cuenta de la “entidad” como organización, también lo hace de sus compo-

nentes, que son “el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras” que señalan las normas sobre organización y funcionamiento. Respecto de la delegación así queda confirmado en el numeral 10 del mismo artículo, pues a la entidad, como organización, pertenecen tanto el delegante –jefe o representante de la entidad– como el delegado.

También ello se predica del artículo 23 *ibídem*, toda vez que “en las actuaciones contractuales las entidades estatales” se regirán por el principio de responsabilidad, dentro del marco de “conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”.

Es claro que la actuación contractual también comprende la actividad de delegación y allí, en tal segmento, se concretan las responsabilidades del delegante y del delegado de conformidad con “la función administrativa”.

Lo anterior es tan obvio que el artículo 26 numeral 1º es tajante en señalar que los “servidores públicos” están obligados a “proteger los derechos de la entidad”, mandato que no se concreta en el servidor público que contrata, sino en todo aquel involucrado en la actividad contractual; de no hacerlo, precisa el numeral 2º del mismo, “los servidores públicos responderán por sus actuaciones u omisiones antijurídicas”.

El jefe o representante legal, quien tiene la potestad de delegar, de conformidad con el numeral 5º del mismo artículo 26, no se desprende de sus deberes y obligaciones de “dirección y manejo” de la actividad contractual y, podría decirse, se trata de un deber *intuitu personae* y por lo mismo intransferible como allí mismo se reconoce.

Para determinar cuáles son los confines de la comisión por omisión en el ámbito de la actividad contractual es preciso definir o tener en cuenta las siguientes premisas:

1) De conformidad con los artículos 150 inciso final y 352 de la Constitución Política, corresponde al legislador por principio general determinar la capacidad para contratar de las entidades y distintas dependencias estatales. De allí que incluso la ley haya conferido capacidad para contratar a dependencias que no gozan de personería jurídica, pero que de todas maneras en representación de la persona pública a la que pertenezcan, así un Ministerio a la persona jurídica Nación, pueden desarrollar toda la actividad propia de la contratación³².

³² Sentencia de la Corte Constitucional C-949 de septiembre 5 de 2001.

Dentro de la capacidad para contratar, la propia ley, a su vez, se encarga de definir quién tiene la competencia interna de esas entidades o dependencias. En otras palabras, definir cuáles son los funcionarios de esas entidades y dependencias que tienen bajo su responsabilidad la actividad de la contratación del Estado. Para el caso de las entidades regidas por la Ley 80 de 1993, se dispone que se entiende por servidores públicos para los efectos de la contratación las personas naturales que prestan sus servicios dependientes en los organismos y entidades de que trata el artículo 2 de la ley, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación de servidores públicos se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes, en quienes se delegue la celebración de los contratos en representación de aquellos.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 11 del mencionado estatuto señala quiénes son los funcionarios que dirigen y tienen la competencia para efectos de la actividad contractual. De la mencionada disposición se infiere que cuando la norma se refiere a “jefe”, hace mención a aquellas entidades que no son de personería jurídica, pero que tienen capacidad para contratar; y que cuando, la citada norma se refiere a “representante” obviamente hace mención de las entidades que gozan de tal personalidad jurídica. Así por ejemplo, a nivel territorial menciona el artículo 11, en su numeral 3, literal b), que son competentes para tal actividad los Gobernadores en los departamentos y los alcaldes en los municipios. Ninguna norma que no tenga rango de ley puede, entonces, crear entidades descentralizadas para ejercer tal competencia en departamentos o municipios, pues la misma es exclusiva de los mencionados funcionarios en estos entes territoriales. Desafortunadamente, esta regla parece ser letra muerta en algunos municipios y departamentos que han creado unidades administrativas especiales dotadas de personería jurídica, con el único objeto de sustituir esta competencia que, se insiste, es exclusiva de alcaldes y gobernadores en su respectivos territorios.

2) De la misma manera y con la premisa que contratar es una forma cotidiana de ejecutar el gasto, el estatuto orgánico del presupuesto regula la competencia para contratar referida especialmente la facultad de comprometer recursos, conforme a su programación y proyección (ver artículo 68) y conforme a su disponibilidad y afectación concreta (disponibilidad y registros, art. 71) así como las responsabilidades individuales que se derivan para los ordenadores del gasto que, en materia contractual, no son otros distintos que los jefes o representantes legales de las entidades estatales (art. 112 y ss). Es

decir, por principio general todo funcionario que por mandato de las normas presupuestales tenga atribuidas funciones de ordenador del gasto es imputable de las determinaciones que de tales se desprendan, responsabilidad en materia de contratación, habida en la función directiva que de la misma tienen las cabezas de las entidades contratantes.

3) Dentro de las reglas básicas del principio de economía de la contratación estatal, el legislador de 1993, en el artículo 25 de la Ley 80 de ese año, decidió concentrar toda la responsabilidad de los procesos de adjudicación de celebración de contratos en cabeza de los jefes y representantes legales de las entidades estatales; es decir, que sin perjuicio de la división de tareas, de la posibilidad de desconcentrar algunas funciones de trámite o de carácter técnico relacionadas con la fase precontractual en las unidades ejecutoras de la respectiva entidad, no por eso dejan de ser responsables ni es posible excluir la responsabilidad de las cabezas de las entidades estatales.

Así, por ejemplo, todo tipo de autorizaciones o conceptos de conveniencia o competencia de las corporaciones públicas o juntas directivas debe ser surtido con mucha antelación al proceso de adjudicación de los contratos, concentrando por lo tanto dicho procedimiento administrativo en cabeza del jefe de la entidad. Así puede deducirse de los numerales 6, 7, 8, 10 y 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

4) No hay duda de que en los procesos de contratación pueden intervenir unidades asesoras ejecutoras y que el jefe o representante legal de la entidad puede delegar determinadas funciones de la contratación en funcionarios de nivel directivo, ejecutivo o sus equivalentes. Sin embargo, tal posibilidad en materia de contratación estatal se inscribe en las características o propiedades de la delegación de la función administrativa que ya se han señalado y, por consiguiente, para el delegante en los deberes de información permanente, orientación general, seguimiento, avocación, revocación que involucra su posición de garante y su responsabilidad personal en la suerte que corran esas funciones delegadas.

Pero adicionalmente y como refuerzo de esos deberes de vigilancia y control que se predicán de toda autoridad administrativa en cualquier forma de delegación, en materia contractual como requisito, que se suma a los anteriormente citados, está el que se deriva del artículo 26 numeral 5º del estatuto contractual, el cual confiere toda la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección al jefe o representante legal de la entidad estatal, cerrándole toda posibilidad de trasladarla a las juntas o

consejos directivos, a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores o a los organismos de control y vigilancia de la misma.

Es decir, en materia contractual por virtud del principio de responsabilidad, ni aun la delegación matiza o flexibiliza el deber directivo de la actividad contractual en cabeza del jefe o representante legal, pues a pesar de la delegación tal responsabilidad no es posible trasladarla a otras unidades u órganos del nivel directivo de la entidad como los que se han señalado.

5) A diferencia de otros ámbitos de la contratación en general, en el ámbito de la contratación estatal el ordenamiento jurídico ha establecido como corolario que el contrato estatal es aquel que celebra la entidad estatal, que durante la ejecución del mismo siempre esté presente el control y vigilancia del cumplimiento de las prestaciones que integran la relación bilateral en cabeza de la entidad contractual. Control que se ejerce de dos maneras: bien mediante la supervisión que en principio radica en cabeza del jefe o representante legal de la entidad o en funcionarios que éste comisione para tal efecto; y/o, a través de la supervisión y, adicionalmente, a través de la interventoría, entendiendo esta segunda modalidad como el cumplimiento de los deberes generales de supervisión y control en todo contrato sumado a un control o vigilancia de carácter técnico en donde se designará o contratará un interventor para que como evaluador técnico del contratista pueda garantizar que el contrato se cumpla conforme al objeto y calidades para los cuales se celebró. Estos deberes de control de la ejecución se derivan fundamentalmente de los artículos 4 y 14 numeral 1º de la Ley 80 de 1993.

6) Ahora bien, como consecuencia del principio de responsabilidad, el propio estatuto general se encarga de recabar en el hecho de que el manejo de los recursos públicos implica una actividad similar a la de la tutoría o curaduría del derecho privado, conforme al cual el tutor o curador y en este caso diríamos el administrador público gestiona y administra recursos de terceros y por ende tiene un mayor nivel de responsabilidad jurídica, tal y como se derivan del estatuto orgánico de presupuesto y de los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 26 del citado ordenamiento normativo. Esa posición de administrar bienes o recursos de terceros que en este caso son el conglomerado de la sociedad le impone unos mayores niveles de exigencia respecto del deber funcional a los jefes superiores de la Administración en materia contractual, que a su vez hace mucho más exigentes las funciones de control o supervisión, las cuales no se pueden abandonar a las determinaciones de los funcionarios subalternos solamente, sin ni siquiera informarse sobre el transcurso de las mismas y sin haber establecido los canales sobre los cuales

fluya esa información que le permita tomar las decisiones en un momento dado conforme a la responsabilidad de administrar bienes de terceros.

7) En materia de contratación debe destacarse que es posible desconcentrar funciones inherentes a algunas fases de los procedimientos de selección sin que sea posible desconcentrar las funciones determinantes de los procesos contractuales tales como la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos, actividades estas últimas que siempre radicarán en cabeza de los jefes o representantes legales de la entidad y que si bien pueden ser delegadas tales delegaciones se hacen bajo las premisas que hemos señalado de la Ley 489 de 1998 y del principio de responsabilidad que rige para la actividad contractual de la Administración, lo anterior según se infiere del artículo 12 de la Ley 80 de 1993 así como de los artículos 7 y 14 del Decreto Reglamentario 679 de 1994. Delegación que para el caso de la contratación solamente puede recaer en los funcionarios de los niveles directivo o ejecutivo.

Y sobre este aspecto conviene hacer una breve referencia a estos niveles de cargos públicos, en la medida en que la misma confirma la posición de garantes en que se encuentran los directivos y los jefes superiores de la Administración, para la toma de decisiones administrativas entre las cuales se encuentra por supuesto la de la contratación. En efecto, el Decreto 2772 de 2005 dispone en su artículo 2 que el nivel directivo comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos, a renglón seguido define ese tipo de funciones; a su vez el artículo 4° que define el nivel profesional equivalente al nivel ejecutivo, establece que este agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica reconocida por la Ley y que según su complejidad y competencia exigidas les pueden corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de las áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales, a renglón seguido define las funciones propias de estos niveles.

No hay duda sobre la posición de garantía que ejercen los jefes superiores de la Administración si se revisan estas funciones de nivel directivo, entre las cuales y entre otras (ver art. 2° del decreto 2772 citado) se encuentran las de dirigir, controlar y velar por el cumplimiento de los objetivos de la institución, en concordancia con los planes de desarrollo y las políticas trazadas; las de adelantar las gestiones necesarias para asegurar el oportuno

cumplimiento de los planes, programas y proyectos y adoptar sistemas o canales de información para la ejecución y seguimiento de los planes del sector”; y las de “establecer, mantener y perfeccionar el sistema de control interno, el cual debe ser adecuado a la estructura y naturaleza y misión de la organización”, para no mencionar sino algunas de las que conformarían esa posición de garantes de los jefes superiores de la Administración y que son concordantes con las que aparecen en los numerales del artículo 4° del mismo Decreto 2772 de 2005 para el nivel profesional o como en otras normas se denomina nivel ejecutivo de la Administración.

De los anteriores elementos de juicio puede claramente establecerse que la división de tareas aun en el ámbito de la contratación no excluye la posibilidad de eludir responsabilidades, pero también se concluye que las responsabilidades que se concentran en cabeza de los jefes o representantes legales de las entidades públicas son mucho más sólidas, mucho más estrechas y fuertes que las que puedan derivarse en otras actividades de la Administración Pública, porque no solamente deben cumplirse los deberes ordinarios de supervisión y control, sino aquellos deberes de supervisión, control, orientación, información, que se derivan del principio de responsabilidad en la contratación estatal y de las funciones o atribuciones que toda entidad pública debe asumir durante la ejecución de todo contrato estatal para garantizar el cumplimiento de su objeto conforme a las calidades técnicas preconcebidas en los términos de referencia o pliegos de condiciones, todo lo cual deriva en una muy clara posición de garantes que resulta predicable de estos jefes o representantes legales de las entidades públicas, sin perjuicio de las posibilidades de la delegación o la desconcentración.

8) Como bien se aprecia, la actividad contractual no se reduce a la actividad precontractual, contractual, de ejecución y liquidación del contrato, sino también, como lo pone de presente la misma ley, a los actos de delegación de la potestad de contratar. En efecto, el estatuto contractual regula la materia solo para determinar que se pueden delegar aquellas determinaciones que comprometen la competencia del jefe o representante legal de la entidad y que son las que corresponden, en la teoría general del contrato, a la manifestación de voluntad externa del contratante como son los actos de adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de contratos. Materias que dicho sea de paso no pueden ser desconcentradas ni delegadas en otros funcionarios distintos a los del nivel directivo o ejecutivo. Tal es el alcance del artículo 12 del estatuto de la contratación estatal, del 37 del Decreto Ley 2150 de 1995 y de los artículos 7 y 14 del Decreto 679 de 1994, cuyo eje central está constituido por las actividades que en el tráfico jurídico obligan

a los contratantes, por cuanto exteriorizan actuaciones jurídicas que comprometen inequívocamente su voluntad y que se atribuyen a quien representa a tales sujetos, en este caso a las entidades estatales. Precisamente, por la misma razón, esto es, por ser la delegación para contratar un acto que pertenece a la órbita de la “actividad contractual” como lo señalan las normas ya mencionadas, es por lo que el penúltimo inciso del artículo 14 del Decreto 679 de 1994 la excluye expresamente de las facultades que se pueden otorgar al delegado:

Los delegados no podrán subdelegar en otros funcionarios la realización de los actos o la celebración de los contratos objeto de la delegación.

5. Conclusiones

De allí que las conclusiones no puedan ser otras que las ya expuestas con GÓMEZ MÉNDEZ en otro trabajo con uno de los suscritos³³; y las que surgen de las reflexiones que hemos expresado sobre los sistemas de organización administrativa colombianos, de cara al concepto de comisión por omisión:

- 1) Los fines esenciales del Estado justifican su existencia y por tanto deben ser logrados. Para ello se acude a la teoría del acto administrativo y a la contratación estatal.
- 2) Igualmente, para el logro de sus funciones, el Estado acude a técnicas de organización administrativa, tales como la descentralización, la desconcentración y la delegación.
- 3) El fundamento de la responsabilidad penal y disciplinaria del servidor público es la relación especial de sujeción con la Administración, que le impone deberes. El quebrantamiento de estos genera entonces responsabilidad en virtud de una institución.
- 4) La forma de canalizar penal y disciplinariamente dicha vinculación con los deberes es la figura de la comisión por omisión. Si quien tiene el deber jurídico de impedir un resultado no lo hace pudiendo hacerlo, es como si lo hubiese producido.

³³ GÓMEZ MÉNDEZ ALFONSO Y GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Delitos contra la Administración Pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

5) Se puede incurrir en comisión por omisión en cualquiera de los delitos o faltas contra la Administración Pública que comporten la realización de un resultado en términos materiales o jurídicos.

6) Si se conoce que se va a producir un resultado antijurídico en la actividad a cargo del delegado y el delegante no toma ninguna medida de prevención o control, incurrirá en dolo; si deja que las cosas sucedan al capricho del azar, cuando, como posible o probablemente, se ha previsto un resultado, sin llevar a cabo alguna actitud positiva de prevención o control, existirá dolo eventual.

7) La contratación estatal es una herramienta del Estado para el logro de los fines esenciales de la Administración y, por tanto, está especialmente regulada la actividad de los servidores con dicha potestad.

8) En materia penal sólo puede responderse en comisión por omisión por modalidad dolosa de imputación; por culpa, sólo cuando se regule expresamente la figura. En materia de contratación el servidor público debe comportarse como en la administración de bienes ajenos regulada en el Código Civil, con la aclaración de que el título mínimo por el que responde es por el de culpa gravísima y grave toda vez que la culpa leve del Código Civil es atípica en materia de responsabilidad penal o disciplinaria.

9) En los eventos de delegación la diligencia exigida al delegante se concreta en la relación de control jerárquico, la cual supone una vigilancia siquiera periódica que permita conocer el estado real de la ejecución de la competencia delegada.

10) Como garante que es, el delegante responde penal y disciplinariamente cuando no ejerce el control jerárquico sobre el delegatario o cuando ejerciéndolo no toma las medidas correctivas tendientes al cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

11) Si pese a estas medidas el delegado desvía arbitraria y claudestatamente el aporte del delegante hacia un curso dañoso para

la Administración, sin que este tenga la posibilidad de enterarse de lo que está sucediendo, sólo aquél responde, pues en favor del delegante se configura una prohibición de regreso.

12) En la descentralización de las funciones administrativas del Estado, existen unas entidades y autoridades que controlan lo que realiza y ejecutan otras que están descentralizadas que sin embargo por el grado de autonomía y las materias que integran la autonomía territorial, las llamadas entidades territoriales del estado, no cuentan sobre sí con un exhaustivo control de tutela por parte del ejecutivo nacional, lo que de todas maneras impone en cabeza de las autoridades directivas de dichos entes territoriales posiciones de control y supervisión muy intensas en relación con las funciones que cumple la respectiva entidad y que pone a sus titulares como son los Gobernadores y Alcaldes en posiciones de garantes respecto de las funciones que cumplen las distintas entidades centralizadas o descentralizadas por servicios en su territorio.

13) La delegación es una modalidad de autodeterminación del ejercicio de la función administrativa, pues quien tiene el dominio y la titularidad de la función, en un acto voluntario decide transferírsela a funcionarios subalternos; por consiguiente, resulta difícil concluir que el delegante no tenga conciencia del grado de importancia o determinación de la función que delega, de los alcances de la misma, de los riesgos que incluso puede comportar como por ejemplo cuando la función implica ejecución de gasto público, o inversión, o giro de recursos públicos. En el mismo sentido, tal decisión voluntaria no es ajena a que el delegante determine cuál es el funcionario que por su perfil profesional o personal es quien llevará a cabo la función y qué competencia, habilidad y experiencia se requiera para cumplir una misión que no deja de ser importante en la medida en que está radicada originariamente en cabeza del superior jerárquico de la entidad. Recuérdese que no cualquier subalterno puede ser delegatario de la función y que siempre la delegación implica una relación de jerarquía y de potencial presencia del delegante en el desarrollo de la actividad.

14) En la desconcentración no hay una decisión discrecional de la cabeza de la entidad, para despojarse de sus atribucio-

nes o contar con el apoyo de sus subalternos transfiriéndoles funciones propias, pero de todas maneras siempre gozará de un poder de supervisión de control y como lo dice la misma norma que define la desconcentración en el artículo 8 de la Ley 489 de 1998, esta opera sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, pues en últimas toda definición de las tareas y actuaciones administrativas recae en el jefe superior de la entidad, lo cual claramente compromete su responsabilidad individual.

15) En las situaciones previstas por la Constitución y la ley, para el ejercicio de funciones públicas por privados, es preciso señalar que todas las funciones que se les otorgan a los particulares son originarias del ente estatal, es decir, son funciones que por su naturaleza corresponden a poderes inherentes al Estado. Consiguientemente, que siempre que haya un particular en ejercicio de funciones públicas y, en concreto, de funciones administrativas también siempre habrá detrás una entidad doliente como responsable de llevar a cabo el control, para determinar cómo el particular está ejerciendo una función que es inherente al Estado. Situación que colocaría a dicha entidad y a sus titulares en una posición de garantes, de cómo el particular ejerce conforme a la legalidad y a la oportunidad poderes que son exclusivos del Estado.

En fin, ciertos servidores públicos se encuentran en posición de garante con respecto a las actividades que realizan otros, lo que significa, en consecuencia, que responden por la vigilancia de una fuente de riesgo dentro de su propio ámbito de dominio, concretada por la llamada responsabilidad por la conducta de un tercero, eje dogmático sobre el cual se construye la comisión por omisión en los términos de la Carta Política y la ley según los artículos 25 del Código Penal y 27 de la Ley 734 de 2002.

El tema ya ha sido abordado en el estudio titulado “Omisión impropia y posiciones de garante”, en el ámbito de una teoría formal-funcional de la posición de garante³⁴.

³⁴ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal, Tercera Edición. Bogotá: Giro Editores, 2005.

La tipificación de las faltas disciplinarias en materia de contratación estatal

PONENCIA ELABORADA POR MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, PROCURADORA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL, CON LA COLABORACIÓN DE CLAUDIA ESPÓSITO VÉLEZ, ASESORA DE LA DELEGADA.

Uno de los objetivos de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) fue el de ampliar el catálogo de faltas gravísimas. Entre ellas, se incluyeron varias que corresponden a conductas realizadas en el marco de la contratación estatal. En efecto, puede decirse que, actualmente, la mayor parte de las faltas que podrían cometerse en esa materia tienen tal carácter.

Lo anterior, sin duda, se debe a la importancia que tiene el tema contractual para el cumplimiento de los fines del Estado y al alto grado de corrupción que se presenta en relación con la preparación, la celebración y la ejecución de los contratos de las entidades públicas. Al respecto, no puede perderse de vista que el artículo 3 del Estatuto Contractual impone a los servidores públicos el deber de utilizar la contratación estatal para buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la entidades en la consecución de dichos fines.

En el artículo 48 del Código Disciplinario se contemplan, entonces, taxativamente, las faltas gravísimas, que son sancionables con destitución e in-

habilidad general, cuando son cometidas con dolo o culpa gravísima¹. La destitución implica la terminación de la relación del servidor público con la administración, la desvinculación del cargo en los casos de los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o la terminación del contrato de trabajo (artículo 45, ley 734 de 2002). La inhabilidad general da lugar a “la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo –que será de 10 a 20 años–, y la exclusión del escalafón o carrera”².

El artículo 43, numeral 9, del CDU prevé que la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave se considera falta grave, y se sanciona, entonces, como tal, esto es, con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (artículo 44, numeral 2, del CDU). La suspensión –que no será inferior a un mes, ni superior a 12 meses– implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria, y la inhabilidad especial –que no será inferior a 30 días, ni superior a 12 meses– la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo distinto de aquél (artículo 45, numeral 2, y artículo 46 del CDU).

Debe precisarse que el artículo 46 del CDU, que establece el término de las inhabilidades general y especial, prevé, sin embargo, que, cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado, la inhabilidad será permanente. Esta previsión fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-948/02, “bajo el entendido de 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”³.

A continuación, se estudiarán los distintos numerales del artículo 48 citado que tipifican faltas disciplinarias gravísimas en materia de contratación estatal. Luego, brevemente, se presentarán las nociones generales que permiten identificar, en la misma materia, las faltas graves y leves, y determinar la sanción que, en cada caso, debe imponerse.

¹ Cfr., artículo 44 de la Ley 734 de 2002, numeral 1.

² Cfr., artículo 45, literal d, y artículo 46 de la Ley 734 de 2002.

³ Este inciso del artículo 122 de la Constitución Política fue modificado por el acto legislativo 1 de 2004, art. 1º.

1. FALTAS GRAVÍSIMAS (artículo 48 de la Ley 734 de 2002)

- a. Numeral 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.**

En materia de contratación estatal, la legislación penal prevé los delitos de celebración indebida de contratos, como tipos penales en blanco. Resulta, entonces, relevante la cita de los siguientes tipos penales:

i. Violación del régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades. Artículo 408 de la Ley 599 de 2000: “El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”⁴.

ii. Interés indebido en la celebración de contratos. Artículo 409 de la Ley 599 de 2000: “El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

iii. Contratos sin cumplimiento de requisitos legales. Artículo 410 de la Ley 599 de 2000: “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liqui-

⁴ Esta conducta da lugar, directamente, a la comisión de falta disciplinaria, de conformidad con el numeral 30 del artículo 48 del CDU, norma que, sin embargo, es más amplia, en cuanto incluye también la etapa de ejecución del contrato.

de sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

Mediante sentencia C-124 de 2003, la Corte Constitucional declaró exequible este numeral 1º del artículo 48 del CDU, argumentando que la responsabilidad penal es independiente de la disciplinaria y que, por lo tanto, su aplicación no genera la violación del principio de legalidad, ni del *non bis in ídem*.

b. Numeral 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.

Esta norma se refiere, en la primera parte, a los casos en que se celebran contratos sin contar con recursos necesarios para su cumplimiento, o contando con recursos insuficientes. En la segunda, alude a los eventos en los que se programa la celebración de contratos que deben ejecutarse en varias vigencias, sin contar con la autorización para comprometer vigencias futuras –que debe ser impartida por el Confis–, o sin que el Ministerio de Hacienda haya incluido en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias. Debe tenerse en cuenta que, eventualmente, debe intervenir también el Departamento Nacional de Planeación, conforme a lo regulado en el artículo 23 del decreto 111 de 1996.

Debe precisarse, adicionalmente, que, en su primera parte, la norma se refiere a la inexistencia o a la insuficiencia de las apropiaciones presupuestales, situación que debe verificarse, en cada caso, para efectuar la adecuación típica con fundamento en ella, al margen de que se haya expedido o no el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal. La omisión en la obtención previa de este último, en efecto, podría suponer la comisión de una falta distinta.

c. Numeral 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.

La consagración de esta falta disciplinaria busca garantizar el cumplimiento de la disposición contenida en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite a las entidades estatales la celebración de contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad. De igual forma, excepcionalmente, permite que se suscriban con personas naturales, caso en el cual no generan relación laboral, ni prestaciones sociales y deben celebrarse por el término estrictamente indispensable.

Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-094 de 2003, en la que se expuso que, excepcionalmente, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios que requieran dedicación de tiempo completo, supongan el cumplimiento de funciones públicas y no generen autonomía por parte del contratista. Dijo la Corte:

(...) pero esa prohibición no opera cuando la ley excepcionalmente habilite la celebración de tales contratos aun 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.

Adicionalmente, la Corte expresó que el numeral 29 citado tipifica como falta disciplinaria un comportamiento dotado de ilicitud sustancial y que, por ello, resulta compatible con los fundamentos constitucionales de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos. En efecto, agregó la corporación:

(...) 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.

Por último, la Corte precisó que la falta mencionada no se refiere a todo tipo de contratos de prestación de servicios, sino, únicamente, a aquellos cuyo objeto involucre el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, es decir, ejercicio de potestad pública o autoridad estatal. Al respecto, llamó la atención sobre el alcance del concepto de función pública expuesto en la sentencia C-037 de 2003, en la que se expresó: “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 “La función pública se manifiesta a través de otros mecanismos que requieren las potestades públicas y que significan en general ejercicio de la autoridad inherente del Estado”. De ahí que “[s]olamente 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”.

El Consejo de Estado, por su parte, mediante la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 18 de noviembre de 2003, proferida con ponencia del Magistrado Nicolás Pájaro Peñaranda, en el proceso IJ0039, manifestó que, cuando se celebra un contrato de prestación de servicios correspondiente al descrito en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no pueden aplicarse, en ningún caso, las normas del Código Sustantivo del Trabajo referentes al contrato realidad, debido a las características especiales que tiene este tipo de contratos, planteamiento que podría cerrar el paso a la configuración de la falta gravísima prevista en el citado numeral 29 del artículo 48 del CDU. Expresó la Corporación:

Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen órdenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada. Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación

legal y reglamentaria carece de fundamento válido. Son las necesidades de la Administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta, y b) que requiera conocimientos especializados la labor; es inaceptable que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir “el estatus de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario”: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.

De esta decisión, sin embargo, salvaron su voto nueve Magistrados. Así, los doctores Ricardo Hoyos Duque, Germán Rodríguez Villamizar, Alier Eduardo Hernández y Jesús María Lemos Bustamante se separaron de la decisión, argumentando lo siguiente:

(...) Si se demuestra la existencia de una relación laboral, que necesariamente implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante y el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la jurisdicción del trabajo, si se trata de un trabajador oficial, o ante la jurisdicción contencioso-administrativa si es empleado público. El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene operancia cuando se opta por el contrato de prestación de servicios para esconder una verdadera relación laboral.

En conclusión, lo que se censura es acudir al contrato de prestación de servicios para desvirtuar o disfrazar un verdadero contrato de trabajo o evadir una vinculación legal y reglamentaria. Por eso el precepto cuestionado (numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993), relativo al contrato de prestación de servicios, fue declarado exequible, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

También se apartaron de la decisión de la mayoría los doctores Alberto Arango Mantilla, Germán Ayala Mantilla, Filemón Jiménez Ochoa, Ramiro Saavedra Becerra y Alejandro Ordóñez Maldonado, quienes expresaron:

Contrario a lo afirmado en la decisión mayoritaria, sí puede sostenerse que cuando se celebra un contrato de prestación de servicios para cumplir funciones de carácter permanente de la Administración se quebranta la ley, por resultar tal actividad contraria a expresa prohibición legal.

En el asunto sometido a examen, no se celebró el contrato por el término estrictamente indispensable, sino que este se prorrogó de manera sucesiva e ininterrumpida desde el 1° de marzo de 1994 hasta el 30 de noviembre de 1996, fecha en la cual la actora presentó renuncia y la Administración se la aceptó.

El juzgador de primera instancia encontró demostrado que la demandante desarrollaba labores de mantenimiento y servicios generales en las oficinas locales e instalaciones adscritas a la Dirección Seccional de Administración Judicial; así mismo, servicios de aseo y cafetería en las diferentes dependencias judiciales situadas en el Palacio Nacional, actividades que cumplió en forma personal, bajo las condiciones que le fueron previamente señaladas por la administración, cumpliendo horario establecido, es decir, obran con meridiana claridad los elementos de una relación laboral de derecho público, precisada con especial cuidado por el juzgador de primera instancia, la cual ahora se pasó por alto en razón a que, en vez de valorar esa situación para adoptar la decisión, se apoyó en los criterios doctrinarios ya mencionados, sin descender a la realidad procesal

Al respecto, comparto el planteamiento de los magistrados disidentes, el cual, por lo demás, resulta coherente con el de la Corte Constitucional, expuesto en la sentencia C-094 de 2003. Por esa razón, lejos de considerar que la falta disciplinaria prevista en el numeral 29 del artículo 48 del CDU no puede ya tipificarse, estimo que ella puede seguir configurándose.

Ahora bien, es preciso señalar que la suscripción de un contrato de prestación de servicios está sometida al cumplimiento de una serie de requisitos especiales y adicionales, que son de obligatorio cumplimiento, ya que, si no se cumplen, se entenderá que el contrato ha sido suscrito irregularmente, al margen de que ello no suponga siempre la configuración de una falta gravísima, sino una de otra naturaleza.

Los requisitos aludidos están previstos en el Decreto 1737 de 1998, modificado por el Decreto 2209 del mismo año. En efecto, su artículo tercero dispone lo siguiente:

Los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas⁵, solo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

Se entiende que no existe personal de planta cuando en el respectivo organismo, entidad, ente público o persona jurídica, es imposible atender la actividad con personal de planta, porque de acuerdo con los manuales específicos, no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en planta, este no sea suficiente, la inexistencia de personal suficiente deberá acreditarse por el jefe del respectivo organismo.

Tampoco se podrán celebrar estos contratos cuando existan relaciones contractuales vigentes con objeto igual al del contrato que se pretende suscribir, salvo autorización expresa del jefe del respectivo órgano, ente o entidad contratante. Esta autorización estará precedida de la sustentación sobre las especiales características y necesidades técnicas de las contrataciones a realizar.

Adicionalmente, el artículo cuarto prevé que “[e]stá prohibido el pacto de remuneración para el pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad, por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad”. Esta última norma tiene un párrafo primero, en el que se expresa que “[s]e entiende por remuneración total mensual del jefe de la entidad, la que corresponda a este en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales”.

En relación con estas normas, debe señalarse que, conforme al artículo 1º del Decreto 1737, se sujetan a él, salvo en lo expresamente exceptuado, los organismos, entidades, entes públicos y personas jurídicas que financien sus gastos con recursos del tesoro público, y, de acuerdo con el artículo 2º, las entidades territoriales están obligadas a adoptar medidas equivalentes en sus organizaciones administrativas.

Por otra parte, cuando se trata de los contratos de prestación de servicios a que se refiere el literal d) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993,

⁵ Debe advertirse que la Ley 80 de 1993 solo se refiere, en su artículo 32, numeral 3, a las personas naturales, lo que genera inquietudes respecto de la legalidad de este artículo 3º del Decreto 1737 de 1998, en cuanto incluye la limitación para las personas jurídicas.

esto es, los de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo deban encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002. En efecto, si bien, en tales eventos, puede contratarse directamente, sin necesidad de recibir varias ofertas, la persona natural o jurídica contratista debe estar en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y demostrar la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, y de ello debe dejar constancia escrita el ordenador del gasto.

De igual manera se procederá en los eventos en que se trate de celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, que se sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o cuando no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio objeto del contrato. Éste último, además, deberá contener, como mínimo, la expresa constancia de esa circunstancia, así como las condiciones de cumplimiento, incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante, si fuere el caso.

d. Numeral 30: Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso 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 ambiental⁶.

Para comprender la inclusión, en esta disposición, de la intervención en la etapa de ejecución del contrato, resulta pertinente recordar que la celebración de contratos con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad es causal de nulidad absoluta de los contratos estatales, conforme al artículo 44, numeral 1, de la Ley 80 de 1993, y que, en el evento en que el contrato respectivo ya se haya celebrado, el representante legal de la entidad está obligado a darlo por terminado, mediante acto administrativo debidamente motivado, y a ordenar su liquidación, según lo prevé el artículo 45, inciso segundo, de la misma ley.

⁶ La segunda parte de la norma, referida a la omisión de estudios previos o a la falta de obtención de la licencia ambiental, se desarrollará al presentar el principio de economía, en la explicación del numeral 31 del artículo 48 del CDU.

La verificación de la inexistencia de inhabilidades o incompatibilidades para contratar, cuando se adelanta un proceso de selección, resulta de vital importancia, no solo por la responsabilidad que podrían asumir los directores del proceso contractual, sino porque los procedimientos de selección deben declararse desiertos cuando no concurra el número de personas hábiles para contratar señaladas en los pliegos o términos de referencia, de modo que “la participación de personas incurso en inhabilidad o incompatibilidad para contratar, determina el fracaso del procedimiento licitatorio o concurso de méritos”⁷.

Ahora bien, es claro que las inhabilidades e incompatibilidades solo pueden ser establecidas por la Constitución o las leyes. Sin embargo, dado el gran número de las previstas en estas últimas, resulta imposible hacer referencia, en este documento, a todas ellas. Se mencionarán, entonces, simplemente, algunas de las normas más relevantes.

En primer lugar, el artículo 127 de la Constitución Política establece, en su inciso primero, que los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

En segundo lugar, resulta especialmente relevante el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, que prevé las inhabilidades e incompatibilidades no solo para celebrar contratos estatales, sino para participar en los respectivos procesos de selección. Esta norma, en su numeral primero, literal a), para resultar comprensiva de todos los eventos, establece que son inhábiles todas las personas inhabilitadas para contratar según la Constitución y la ley.

Por ello, se hará una breve mención de dos de ellas, que son especialmente recurridas:

- Ley 617 de 2000, modificada por la Ley 821 de 2003:

En su artículo 49 prevé:

Artículo 49. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y distritales; concejales municipales, y distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales.

Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernado-

⁷ Cfr., Sentencia del 11 de septiembre de 2003, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque, en el proceso 14652.

res, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradores locales municipales y distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Parágrafo 1º. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Parágrafo 2º. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

Este artículo, en su inciso primero, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-348 de 2004, en el entendido de que, en el caso de los representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores parientes de diputados o concejales, se aplica el artículo 292, inciso 2, de la Constitución Política⁸.

⁸ Esta disposición constitucional prevé que: “[n]o podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil”. (Se subraya). La Corte tuvo en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Política.

En su inciso segundo, fue declarado exequible por la misma corporación, en sentencia C-311 de 2004, reiterada por la C-663 del mismo año, y “en el entendido que respecto de diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución y que la inhabilidad a que dicho inciso se refiere se aplica dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital”.

En su inciso tercero, así como en su párrafo segundo, fue declarada exequible, también por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-348 de 2004, en el entendido de que la inhabilidad se aplica dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de la junta administradora local, municipal o distrital⁹.

Respecto del mismo inciso tercero, la Corte Constitucional precisó, además, en la última sentencia citada, que no se aplica a contratos por los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, un determinado bien o servicio a todos los ciudadanos, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales.

- Ley 610 de 2001:

Regula, en su artículo 60, el boletín de responsables fiscales, así:

ARTÍCULO 60. BOLETÍN DE RESPONSABLES FISCALES. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la

⁹ Sobre la interpretación de este inciso y este párrafo, ver fallo de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, del 3 de agosto de 2005, proferido en el proceso radicado con el nro. 089-2845-05.

jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín. (Subrayas fuera de texto).

Esta disposición debe aplicarse en concordancia con el artículo 38, numeral 4 y parágrafo 1, del CDU, donde se prevé que estará inhabilitado para desempeñar cargos públicos, por cinco años contados partir de la ejecutoria del fallo, quien haya sido declarado responsable fiscalmente. En el inciso segundo, el mencionado parágrafo dispone que, si pasados 5 años desde la ejecutoria de la providencia, el responsable no hubiere pagado la suma establecida en el fallo, ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil un tiempo más, cuya duración se determina, según lo regulado allí mismo, teniendo en cuenta la cuantía de la condena.

Se considera pertinente advertir que, si bien la Ley 716 de 2001, en su artículo 4º, modificado por el artículo 2º de la Ley 901 de 2004, establecía que las personas que aparecieran relacionadas en el boletín de deudores morosos del Estado¹⁰ no podrían celebrar contratos con el Estado, ni tomar posesión de cargos públicos, hasta tanto demostraran el pago de la totalidad de las obligaciones contraídas o la vigencia de un acuerdo de pago, esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1083 del 24 de octubre de 2005. Así, aunque no ha desaparecido la obligación de las entidades estatales de relacionar las acreencias a su favor pendientes de pago, en los términos de la disposición mencionada, sí desapareció la inhabilidad para contratar que ella consagraba.

¹⁰ De acuerdo con esta norma, en el boletín de deudores morosos se relacionan las acreencias pendientes de pago que tienen a su favor las entidades estatales, en forma semestral, cuando el valor de aquellas supere los cinco salarios mínimos legales vigentes, y su plazo supere los seis meses.

Finalmente, la misma Ley 80 de 1993, al margen de su artículo 8º, establece algunas inhabilidades. Así, por ejemplo, su artículo 22.6 se refiere al caso de la persona que, para lograr la inscripción en el Registro Único de Proponentes, presenta información que no corresponde a la realidad, lo que da lugar a la cancelación del registro y la inhabilidad de 10 años para contratar con el Estado.

Siguiendo con la presentación del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, tenemos que, en los literales siguientes, prevé que son inhábiles las siguientes personas:

b. Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron contratos estando inhabilitados. Esta inhabilidad se extiende por 5 años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho, de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la expiración del plazo para su firma.

c. Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. Esta inhabilidad se extiende por 5 años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad.

d. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. Esta inhabilidad se extiende por 5 años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución.

e. Quienes sin justa causa no suscriban el contrato estatal adjudicado. Esta inhabilidad se extiende por 5 años contados a partir de la fecha de expiración del plazo para su firma.

f. Los servidores públicos¹¹.

g. Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con otro ofe-

¹¹ Se advierte que resulta más amplia la incompatibilidad prevista para los servidores públicos en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política, en la medida en que este incluye los casos en que aquellos obran por interpuesta persona o en representación de otro, y los eventos en que celebran contratos con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Se puede consultar, al respecto, el auto de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, del 31 de marzo de 2006, proferido en el proceso radicado con el No. 076-2333.

rente formal en la misma licitación o concurso¹². Esta inhabilidad pretende evitar las componendas o pactos ilícitos celebrados entre distintos oferentes, con el fin de propiciar una determinada decisión de la Administración.

h. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas¹³, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

i. Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

j. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Se extiende por un año a partir de la fecha de retiro, y se aplica solo a los servidores públicos del nivel asesor, directivo o ejecutivo.

k. Las personas que tengan parentesco con el servidor público del nivel directivo, asesor o ejecutivo, dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

l. El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

¹² En el artículo 4 del decreto 679 de 1994, se establecen las reglas para determinar cuándo el oferente es inhábil, en virtud de los literales g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, así: "(...) las entidades estatales dejarán constancia escrita de la fecha y hora exactas de la presentación de propuestas, indicando de manera clara y precisa el nombre o razón social del proponente y el de la persona que en nombre o por cuenta de este ha efectuado materialmente el acto de presentación.

Si de acuerdo con los pliegos la propuesta hubiere sido enviada por correo, se entenderá por fecha y hora de presentación las que aparezcan en el sello o escrito puesto sobre la oferta por el encargado de recibirla, en el momento de su llegada al sitio de entrega de las mismas que se haya fijado en los pliegos.

En caso de recepción simultánea, se entenderá como recibida en primer lugar la del proponente que primero haya retirado los pliegos o términos de referencia. Con tal propósito, las personas naturales que retiren dichos documentos al hacerlo deberán manifestar el nombre de la persona por cuya cuenta actúan".

¹³ En el artículo 5 del decreto 679 de 1994 se definen las sociedades anónimas abiertas.

m. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. Esta incompatibilidad no se aplica cuando, por disposición legal o estatutaria, el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

n. Los miembros de las juntas o consejos directivos, respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

e. Numeral 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.

Con relación al detrimento del patrimonio público, se ha pronunciado la Procuraduría General de la Nación en varias oportunidades. Resulta especialmente relevante el fallo proferido en el año 1998, en el proceso radicado con el número 162-19255 de 1998, en el que se manifestó:

Tal comportamiento constituye una falta gravísima (artículo 25 numeral 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 transgrediéndolo 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 medio manejo.

En lo que se refiere a la segunda parte de la norma, debe tenerse en cuenta que la expresión “o desconocimiento de los principios que regulan la con-

tratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la ley” fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, en el entendido de que “la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen estos principios”. No podrá configurarse, entonces, la falta gravísima en los eventos en que los principios aludidos sólo están desarrollados en actos administrativos.

Ahora bien, del análisis de los principios que orientan la función administrativa, previstos en los artículos 209 de la Constitución Política, 3 del Código Contencioso Administrativo y 3 de la Ley 489 de 1998, se concluye que cada uno de ellos puede resultar comprendido en uno de los tres grandes principios de la actividad contractual.

Así, los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad, publicidad, contradicción, participación, buena fe, previstos en dichas normas, están comprendidos por el de transparencia, desarrollado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. De igual modo, los principios de eficacia, eficiencia y celeridad son elementos del principio de economía desarrollado en el artículo 25 de la misma ley.

Finalmente, el principio de transparencia previsto en el artículo 3º de la Ley 489 de 1998 coincide plenamente con el regulado en el artículo 26 de la ley 80, en materia de contratación estatal.

Se presentarán, entonces, a continuación, los tres principios específicos de la actividad contractual, que, en los términos de la Corte Constitucional, se encuentran expresa y detalladamente desarrollados en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

Principio de Transparencia (artículo 24 de la Ley 80 de 1993)

En virtud de este principio, la escogencia del contratista del Estado debe realizarse a través de un procedimiento diáfano e imparcial, que permita la aplicación, exclusivamente, de criterios objetivos de selección, aun en los casos de contratación directa.

En sentencia del 11 de septiembre de 2003, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Ricardo Hoyos Duque, al decidir el proceso No. 14652, se refirió a este principio en los siguientes términos:

Se tiene así que los interesados en contratar con la Administración tienen derecho a la igualdad, esto es, a la identidad de oportunidades durante el procedimiento de selección; presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal. En razón de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones y deben gozar de las mismas oportunidades.

Así mismo, este principio supone la garantía de la contradicción, de lo que se infiere que, principalmente en la etapa de selección, todas las actuaciones de las autoridades deberán ser públicas. El numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone: “En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones”.

En el mismo sentido, el numeral 3 de ese artículo dispone que “las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de la licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política” (audiencia pública de adjudicación).

Como manifestación del principio de contradicción, adicionalmente, en el numeral 7 del mencionado artículo, se exige a las autoridades que tanto los actos administrativos como los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierta de la licitación o concurso sean motivados.

En el numeral primero del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se consagra una de las mayores implicaciones de este principio, en cuanto prevé, como regla general para la escogencia del contratista, el proceso licitatorio o de concurso de méritos y, por excepción, el trámite de contratación directa. Sobre ello, debe advertirse que allí mismo se establecen algunos de los casos en los que este último trámite está autorizado; otros están previstos en otras disposiciones de la misma ley, como el artículo 13, por ejemplo –referido a los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales¹⁴–, o en normas constitucionales o legales distintas.

¹⁴ Sobre esta disposición, pueden consultarse la sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, por la cual la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada, y las directivas 10 y 15 de 2004, expedidas por el Procurador General.

Uno de los casos excepcionales en que se autoriza la contratación directa es el referido a la celebración de contratos de menor cuantía. La determinación de esta depende del presupuesto anual la entidad contratante, y se hace con fundamento en las reglas establecidas en el numeral 1º, literal a) del artículo 24 mencionado. Su trasgresión se presenta, por lo general, en los casos comúnmente llamados de “fraccionamiento de contrato”.

Sobre el tema, se ha pronunciado la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en fallo proferido para decidir el proceso No. 161-01385 (021-08513/2001), en el que expresó:

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 Decreto-Ley 222 de 1983 (artículo 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 este 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, p. 176)¹⁵.

Por otra parte, el principio de selección objetiva integra también el de transparencia. Se busca la escogencia de la oferta más favorable, para lo cual la ley exige que, desde la elaboración de los pliegos de condiciones, se definan reglas claras y completas para llevar a cabo la selección. El numeral 5 del artículo 24 regula el contenido de los pliegos, así:

¹⁵ También puede consultarse sobre este tema el fallo proferido por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal el 29 de agosto de 2005, en el proceso radicado con el número 065-01273.

- Requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- Reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.
- Definición precisa de las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
- Definición de reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
- Definición del plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Se consagra, además, la prohibición de incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

Determina este numeral, como consecuencia de la inobservancia de las exigencias aquí contenidas, la ineficacia de pleno derecho de las estipulaciones que la supongan. Sobre el tema, se ha pronunciado la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, mediante fallo del 14 de diciembre de 2005, proferido en el proceso radicado con el No. 021-112085.

Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, el ofrecimiento más favorable es el que, “teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como el cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido...”.

Finalmente, se insiste en que la aplicación de este principio también se exige en los procesos de contratación directa. Esta situación la podemos corroborar en las disposiciones normativas que regulan este procedimiento selectivo, especialmente los decretos 855 de 1994, 2170 de 2002 y 2434 de 2006.

A manera de ejemplo, se citan algunos artículos que reflejan la aplicación de este principio:

Publicidad: Artículos 1 y 2 del Decreto 2434 de 2006, que regulan la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia, así como de los pliegos y términos definitivos.

Selección objetiva: Parágrafo del artículo 4º del Decreto 2170 de 2002, que prevé la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas¹⁶.

¹⁶ Este artículo, a excepción del parágrafo, fue suspendido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, por auto del 1 de abril de 2004, dictado en el proceso 26105 y confirmado por el auto de fecha 23 de septiembre de 2004, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por el actor. Los argumentos del Consejo fueron los siguientes:

“De una confrontación de las anteriores normas se infiere que mientras el artículo 29 de la ley 80 de 1993 señala que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia... resulta ser el más ventajoso para la entidad”, el artículo 4º del decreto reglamentario agrupa los anteriores factores en unos de escogencia y otros de calificación y determina cuáles de esos factores son objeto de cumplimiento (capacidad jurídica, administrativa, operacional y financiera del oferente y condiciones de experiencia); cuáles de calificación (los técnicos y económicos) y de acuerdo con el objeto del contrato define que solo lo serán la garantía de calidad de los bienes (caso previsto en el numeral 3) y la experiencia del oferente (numeral 4).

Sin perjuicio de la acuciosidad de los recurrentes en explicar por qué el decreto reglamentario distinguió entre “factores de cumplimiento” y “factores de calificación” y que ello no es contrario a la evaluación que enseña el art. 29, lo que hace el artículo 4º del decreto 2170 es agrupar los factores de evaluación, separar los subjetivos de los objetivos, lo cual conduce a la Sala a concluir que el reglamento sí introduce cambios significativos en la forma de evaluación y valoración de las propuestas que no señaló la ley, en tanto esta lo que quiso fue que la entidad pública contratante definiera las condiciones de contratación en los pliegos de condiciones o términos de referencia, o en la invitación y escogiera la propuesta más favorable teniendo en cuenta los factores de escogencia que defina la entidad. Es a esta a la que corresponde definir los factores que se adecúen a las características del contrato, ya sea para la admisión o para el rechazo de las ofertas y cuáles serán los factores calificables.

Basta reparar (sic) que así lo entienden los recurrentes, cuando en sus escritos manifiestan que “las entidades estatales pueden perfectamente escoger de entre los factores que prefieran los criterios de selección más adecuados”.

Artículo 6 del Decreto 2170 de 2002, que regula la consulta de precios o condiciones del mercado¹⁷.

Artículo 9 del Decreto 2170 de 2002, que se refiere a la participación de las veedurías ciudadanas en la contratación estatal¹⁸.

La censura prima facie que la Sala encuentra al art. 4 demandado es que precisamente les ordena a las entidades públicas que “si escoge la experiencia, la capacidad jurídica, administrativa, operacional o financiera los debe considerar como criterios de admisión o de rechazo y no de valoración con puntos”, cuando estas limitaciones no fueron previstas por la ley.

Mientras la ley mantenga en las entidades públicas la libertad de escoger los criterios de selección, estará en ellas la potestad de determinar cuáles entonces verificará como de cumplimiento y cuáles calificará, y el reglamento contraría la ley cuando los distingue, en tanto si bien es cierto al margen de que podrá escoger cuáles tendrá en cuenta en uno y otro grupo, limita sin embargo que sea la respectiva entidad la que realice esa clasificación que para el caso concreto considera la más adecuada. (Subrayas fuera de texto).

Contrario a lo que sostiene uno de los recurrentes, la libertad de escogencia de criterios no está asegurada con el decreto 2170 de 2002.

Por consiguiente, en tanto la ley no disponga distinciones y limitaciones para la forma en que se deben evaluar las propuestas, es evidente que la norma que así lo hiciere excede la ley.

¹⁷ Se sugiere consultar el Decreto 3512 del 05 de diciembre de 2003, “Por el cual se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado mediante la ley 598 de 2000, y se dictan otras disposiciones”.

¹⁸ Véanse los artículos 32 y siguientes de la Ley 489 de 1998 y la ley 850 de 2003. Los primeros establecen lo siguiente:

“Artículo 32: Democratización de la administración Pública: Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Entre otras podrán realizar las siguientes acciones:

1. Convocar a audiencias públicas.
2. Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana.
3. Difundir y promover los mecanismos de participación y los derechos de los ciudadanos.
4. Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos.
5. Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan.
6. Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.

Artículo 33. Audiencias Públicas. Cuando la Administración lo considere conveniente y oportuno, se podrá convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos.

Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la Administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada.

Artículo 10 del Decreto 2170 de 2002, que regula el contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia en la contratación directa.

Artículo 11 del Decreto 2170 de 2002, que establece los criterios para la celebración de los contratos de menor cuantía. En su numeral 4, dispone que las entidades podrán hacer uso del sistema de conformación dinámica de la oferta y de su adjudicación, de acuerdo con el artículo 12¹⁹.

En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada.

Artículo 34: Ejercicio del control social de la Administración: Cuando los ciudadanos decidan constituir mecanismos de control social de la Administración, en particular mediante la creación de veedurías ciudadanas, la Administración estará obligada a brindar todo el apoyo requerido para el ejercicio de dicho control.

Ejercicio de la veeduría ciudadana: Para garantizar el ejercicio de las veedurías ciudadanas, las entidades y organismos de la Administración Pública deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) Eficacia de la acción de las veedurías. Cada entidad u organismo objeto de vigilancia por parte de las veedurías deberá llevar un registro sistemático de sus observaciones y evaluar en forma oportuna y diligente los correctivos que surjan de sus recomendaciones, con el fin de hacer eficaz la acción de las mismas. Lo anterior sin perjuicio de las consecuencias de orden disciplinario, penal y de cualquier naturaleza que se deriven del ejercicio de la vigilancia. Las distintas autoridades de control y de carácter judicial prestarán todo su apoyo al conocimiento y resolución en su respectivo ramo de los hechos que les sean presentados por dichas veedurías;

b) Acceso a la información. Las entidades u organismos y los responsables de los programas o proyectos que sean objeto de veeduría deberán facilitar y permitir a los veedores el acceso a la información para la vigilancia de todos los asuntos que se les encomienda en la presente ley y que no constituyan materia de reserva judicial o legal. El funcionario que obstaculice el acceso a la información por parte del veedor incurrirá en causal de mala conducta;

c) Formación de veedores para el control y fiscalización de la gestión pública. El Departamento Administrativo de la Función Pública, con el apoyo de la Escuela Superior de Administración Pública, diseñará y promoverá un Plan Nacional de Formación de Veedores en las áreas, objeto de intervención. En la ejecución de dicho plan contribuirán, hasta el monto de sus disponibilidades presupuestales, los organismos objeto de vigilancia por parte de las veedurías, sin perjuicio de los recursos que al efecto destine el Ministerio del Interior a través del Fondo para el Desarrollo Comunal”.

¹⁹ El artículo 5 del decreto 2170 de 2002, referente al sistema de conformación dinámica de la oferta, fue suspendido por auto de 13 de mayo de 2004 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de Ricardo Hoyos Duque, en el expediente 24524. Expresó el Consejo:

“El nuevo procedimiento que establece el art. 5 del decreto 2170, no obstante que es facultativo para la entidad introducirlo en los pliegos de condiciones, no deja de ser un sistema sui generis que se convierte en una verdadera subasta, la cual está prevista en la ley para la venta de bienes (parágrafo 3º art. 24) y permite, además, que los ofrecimientos se mejoren “en aquellos aspectos de la oferta que incluyan variables dinámicas”, a través de “posturas sucesivas”, aspecto este no previsto en la ley. Este sistema, es evidente, contraviene el art. 29 de la ley 80 de 1993.

Principio de economía (artículo 25 de la Ley 80 de 1993)

Busca garantizar que los procesos contractuales sean ágiles y que resulten lo menos onerosos posible para la entidad estatal y para el contratista. Para ello, la ley ha eliminado los trámites engorrosos y ha prohibido la exigencia de autorizaciones y requisitos innecesarios, y obliga a dar impulso oficioso de todas las actuaciones contractuales. Así, por ejemplo, se prevé que, en los pliegos de condiciones deben adoptarse mecanismos que garanticen la pronta solución de los conflictos.

Adicionalmente, en el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, se autoriza la delegación de la celebración de los contratos estatales, conforme al artículo 12 de la misma ley, con el fin de facilitar la organización y la descongestión del trabajo en las entidades. Según este último artículo, “[l]os jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar²⁰ la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”. (Se subraya).

No obstante lo anterior, en principio, podría considerarse que la autorización para delegar no podría extenderse a funcionarios distintos de los del nivel directivo, o a aquellos que hagan

Por lo tanto, al establecer la norma acusada el mecanismo de la conformación dinámica de la oferta, este resulta contrario, en forma ostensible, al sistema de evaluación de las propuestas y selección del contratista que la ley tiene previsto en sus artículos 29 y 30.

Por consiguiente, se suspenderán en forma provisional, los efectos del artículo 5 del decreto acusado”.

Esta decisión fue confirmada por auto del 03 de marzo de 2005, expedido con ponencia de Ruth Stella Correa Palacio, en el que, sin embargo, se indicó:

“Precisa la Sala, que la suspensión provisional se mantendrá, sólo en lo que respecta al mecanismo de la conformación dinámica de la oferta que previó el art. 5° del decreto 2170 para los procesos de licitación o concurso público; como quiera que este mismo sistema, previsto por el decreto en el capítulo correspondiente a la selección objetiva en la contratación directa – art. 11 num. 4° y art. 12, no reviste la misma infracción a la Constitución y la ley, en cuanto en tratándose del procedimiento para la contratación directa, el trámite que las entidades estatales deben seguir para contratar, prescindiendo de la licitación o concurso públicos, está sometido al reglamento que para el efecto expida el Presidente en ejercicio de su potestad reglamentaria (parágrafo 2° art. 24 ley 80 de 1993)”. (Se subraya).

²⁰

En el artículo 7 del decreto 679 de 1994 se fijan las reglas para que los jefes o representantes legales de las entidades estatales desconcentren la realización de todos los actos y trámites inherentes a la actividad precontractual, en los funcionarios del nivel directivo, ejecutivo o sus equivalentes.

sus veces, dada la previsión que, en ese sentido, contiene el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto) y la disposición de su artículo 2°, según el cual la ley orgánica del presupuesto, su reglamento y las disposiciones legales que ella expresamente indique, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular, entre otros temas, “la capacidad de contratación”.

Sobre el tema, es necesario precisar, sin embargo, que dicha capacidad es distinta de la competencia del servidor público para contratar, en cuanto aquella se refiere a la competencia de la entidad estatal o de los órganos del Estado que, no obstante carecer de personería jurídica, tienen tal capacidad. Por tal razón, puede considerarse válida la regulación que, sobre el tema de la delegación, está contenida en leyes ordinarias, como la Ley 80 de 1993, y la Ley 489 de 1998, que se citará posteriormente²¹.

Debe mencionarse que la ley 80 de 1993 restringió la desconcentración a la preparación de los procedimientos de selección, mientras que la delegación se limitó a la celebración de contratos. Por esta razón, los artículos 7 y 14 del decreto 679 de 1994, reglamentario de aquella, parecerían estar viciados de ilegalidad, debido a que autorizan la delegación para las actividades de adjudicación, interpretación, modificación, adición, prórroga y liquidación del contrato, así como para los demás actos inherentes a la actividad contractual.

Se advierte, al respecto, que, si bien el artículo 37 del Decreto-ley 2150 de 1995 amplió el campo de la autorización para delegar, al establecer que “los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus

²¹ Al respecto, el profesor Jorge Pino Ricci se pronuncia en los siguientes términos: “Considero que la reglamentación sobre la delegación para suscribir contratos corresponde a una ley ordinaria y no a la Ley Orgánica de Presupuesto, en la que, como se ha dicho, solamente en materia contractual podría regularse la capacidad para celebrar contratos, pero no su representación...”. Cfr., Jorge Pino Ricci. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2005, p. 82.

equivalentes”, dicho decreto no modificó la restricción sobre los actos posteriores a la celebración del contrato; sólo se refirió a los procedimientos precontractuales y a la eliminación del límite de cuantía previsto en el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 establece lo siguiente:

(...) en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente...²². (Se subraya).

Sobre la responsabilidad, en caso de delegación, se ha pronunciado la Sala Disciplinaria de la Procuraduría, en el proceso radicado con el número 161-00646 (154-0413 55/00), en los siguientes términos:

(...) Por su parte, en desarrollo del artículo 211 de la Constitución Política y de los principios establecidos por los artículos 1 y 209 del mismo ordenamiento superior, el artículo 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 artículo 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

²² De la aplicación de esta norma en materia de contratación estatal no cabe la menor duda, teniendo en cuenta lo dispuesto en el parágrafo del artículo 12 de la misma ley, que también forma parte del capítulo III, sobre modalidades de la acción administrativa. En efecto, dicho parágrafo regula la responsabilidad del agente principal, en caso de delegación de firma para la contratación. La Corte Constitucional se pronunció, por lo demás, sobre la exequibilidad del aparte subrayado, mediante sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999.

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 artículo 211 referido, opera un traslado de la responsabilidad propia de esa gestión hacia quien viene a realizarla (véase Augusto Ramón Chaves 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 del 15 de mayo 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. 6), 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 artículo 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...” (Se subraya).

De los artículos 9 a 12 de la Ley 489 de 1998, en efecto, resulta evidente que el delegante tiene el deber de conocer y vigilar la actividad del delegatario, así como de instruirlo, corregirlo y compelerlo, y aun de reasumir la función delegada, en caso de ser necesario.

En cuanto a la figura de la desconcentración, el artículo 8 de la misma ley 489 de 1998 prevé:

“Artículo 8º. Desconcentración administrativa. La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de

la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones.

PARÁGRAFO. En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento.

Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa solo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes”.

Tenemos, entonces, que la desconcentración es una modalidad de la centralización administrativa, en virtud de la cual los órganos desconcentrados ejercen sus competencias fuera del centro geográfico en que tiene la sede el poder central.

La desconcentración es la forma jurídico-administrativa en que la administración centralizada, con organismos o dependencias propias, presta servicios o desarrolla acciones en distintas regiones del territorio del país. Su objeto es doble: acercar la prestación de servicios en el lugar o domicilio del usuario, con economía para este, y descongestionar al poder central²³.

Para el jurista español De la Vallina Velarde, la desconcentración es “aquel principio jurídico de organización administrativa en virtud del cual se confiere con carácter exclusivo una determinada competencia a uno de los órganos encuadrados dentro de la jerarquía administrativa, pero sin ocupar la cúspide de la misma”²⁴.

Por otra parte, en cumplimiento del principio de economía, conforme al artículo 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993, el contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y la mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo acaparado. Además, en el proceso de selección, los proponentes prestarán garantía de seriedad de sus ofrecimientos²⁵.

²³ Ver revista *Ámbito Jurídico*. Pablo Fernández de Castro, 1518-0360, marzo de 2001.

²⁴ De la Vallina Velarde, Juan Luis. “De la Desconcentración Administrativa”. *Revista de Administración Pública*, Madrid: Número 35, mayo-agosto de 1981, p. 88.

²⁵ La misma norma dispone que las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros. Sobre las reglas para evaluar la suficiencia de las garantías, que deben ser tenidas en cuenta por los jefes de las respectivas entidades estatales, al momento de impartir su aprobación respecto de las mismas, consultar el artículo 17 del Decreto 679 de 1994.

Otra manifestación del principio de economía es la planeación, que está regulada en los numerales 6, 12, 13 y 14 del artículo 25 de la Ley 80, y en el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002.

La finalidad de la planeación es garantizar que, antes de la apertura de un proceso de selección de contratistas, las entidades estatales cuenten con los estudios técnicos, jurídicos y financieros necesarios para conocer sus necesidades, racionalizar el gasto público y evitar los problemas que, en la ejecución de un contrato, pueda generar la improvisación. En efecto, contar con estos estudios permite adelantar procedimientos claros y seguros que, en el futuro, no sean cuestionados. En resumen, planear significa establecer procedimientos para alcanzar unas metas y objetivos que van a permitir la elaboración de unos pliegos de condiciones y términos de referencia bien estructurados y la selección de la propuesta más favorable, así como la ejecución del contrato respectivo sin tropiezos derivados de situaciones previsibles.

Entre las actividades que deben cumplirse en virtud de la planeación del contrato, se encuentra la de establecer cuáles son los requisitos legales necesarios para la celebración y ejecución de aquel. Así, por ejemplo, en la etapa de preparación de los pliegos o términos de referencia, debe establecerse si se requiere la obtención de licencias o permisos especiales para el desarrollo del proyecto de que se trate, lo que permitirá, en caso afirmativo, incluir las previsiones respectivas en aquellos.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el estudio de mercado realizado antes de la apertura de un procedimiento de selección es la herramienta más importante para determinar el presupuesto oficial de un contrato; para el efecto, deberán consultarse los precios del mercado y el Registro Único de Precios del Sistema de Contratación del Estado (SICE)²⁶.

Principio de Responsabilidad (artículo 26 de la Ley 80 de 1993)

En virtud de este principio, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad de la dirección y el manejo de la actividad precontractual y contractual es del jefe o representante legal de la entidad estatal, a quien se le prohíbe, expresamente, trasladarla a las juntas o consejos directivos de esta, o a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores o a los organismos de control y vigilancia de la misma²⁷.

²⁶ Véase artículo 8 del decreto 2170 de 2002.

²⁷ Sobre los límites de la responsabilidad del jefe de la entidad, como director del proceso contractual, se puede consultar el auto del 14 de febrero de 2006, de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, proferido en el proceso radicado con el No. 021-85257.

Esta responsabilidad se extiende a diversos campos. Comprende, en efecto, no solo la de carácter patrimonial, sino también la disciplinaria, la penal y la fiscal.

Al respecto, en el auto de 8 de marzo de 2001, proferido en el proceso 17944, el Consejo de Estado, en Sala Contencioso-Administrativa, Sección Tercera, con ponencia del Consejero Rodríguez Villamizar, expresó:

(...) cabe precisar que la responsabilidad contractual comprende todos los eventos en los cuales se reclama la reparación de un daño causado con el incumplimiento contractual de alguna de las partes contratantes, que pudieron manifestarse en actos administrativos, hechos, procedimientos u operaciones, esto es, mediante acciones u omisiones... De las acciones u omisiones relativas al contrato estatal no se deriva únicamente la responsabilidad contractual que se acaba de referir, sino que también puede predicarse la responsabilidad civil, disciplinaria y penal, según el caso.

En resumen, el principio de responsabilidad se refiere a las consecuencias que genera, para los servidores públicos, el incumplimiento de sus deberes legales, aspecto que encuentra regulación especial en el artículo 51 de la Ley 80 de 1993.

f. Numeral 32: Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.

En el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 se determinan las circunstancias, que deben ser concurrentes, en virtud de las cuales una entidad estatal puede declarar la caducidad de un contrato:

- Incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.
- Afectación grave y directa de la ejecución del contrato.
- Riesgo de paralización del contrato.

Un ejemplo de declaratoria de la caducidad, sin la configuración de las causas legales, lo podemos encontrar en el caso en que se presenta un incumplimiento, por parte del contratista, que no afecta gravemente la ejecución del contrato, como cuando se desconoce, de modo aislado, el cronograma previsto para el desarrollo de una obra. Si bien no cabe duda de que se presenta un incumplimiento, este merece una sanción menos drástica que

la caducidad, como lo sería, por ejemplo, una multa, cuya imposición sería procedente, en principio, si se ha pactado²⁸.

Debe tenerse en cuenta que, en otras disposiciones de la misma ley, se han establecido causales adicionales que justifican la declaratoria de la caducidad de un contrato, como la prevista en el artículo 5, numeral 5, inciso 2, y también en disposiciones de otras leyes, como el artículo 61 de la ley 610 de 2000, el artículo 5 del decreto 280 de 2002, y el artículo 90 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 31 de la Ley 782 de 2002.

Por otra parte, en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, se establecen taxativamente las causas que justifican la terminación unilateral del contrato por parte del ente estatal, así:

- Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. La iniciación del trámite concordatario no da lugar a la terminación unilateral.

También se regulan otros casos de terminación unilateral del contrato en el artículo 45 de la misma ley, y en el artículo 90 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 31 de la Ley 782 de 2002.

g. Numeral 33: Declarar la urgencia manifiesta, sin la existencia de causa legal (Art. 42 ley 80/93)

La declaración de la urgencia manifiesta, que, conforme al artículo 24, numeral 1, literal f), de la Ley 80 de 1993, autoriza la celebración de contratos, sin seguir la regla general, que obliga, en principio, a adelantar un proceso

²⁸ Debe advertirse, sin embargo, que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en pronunciamiento relativamente reciente, ha considerado que las entidades estatales no pueden imponer las multas directamente, sino que deberán recurrir al juez para que este, en el caso concreto, evalúe la posibilidad de imponerlas y proceda a hacerlo, dado que “carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera (sic), para imponerlas unilateralmente”. Cfr., sentencia del 20 de octubre de 2005, radicación número 25000-23-26-000-1995-01670-01 (14579). Magistrado Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

de licitación o concurso públicos, se justifica en los siguientes eventos, según el artículo 42 de dicha ley:

- Cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro.
- Cuando se presentan situaciones relacionadas con los estados de excepción.
- Cuando se trata de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad, o constitutivos de fuerza mayor o desastre, que demanden acción inmediata.
- Cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

La existencia de una situación de urgencia manifiesta debe declararse mediante acto administrativo, el cual debe someterse, junto con los contratos que se celebren con fundamento en él, al control fiscal previsto en la misma norma, ejercido por el Contralor Delegado para el correspondiente sector administrativo, conforme a lo previsto en la Resolución 05245 de 2001, expedida por la Contraloría General de la República.

Sobre este tema, se ha pronunciado el Consejo de Estado, en concepto de 06 de junio de 1999, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, formulado con ponencia del Magistrado Augusto Trejos Jaramillo, en el expediente 1200, así:

La Sala considera que si el procedimiento de licitación o concurso, previsto de modo general en la ley, no permite el cumplimiento oportuno de la función de protección requerida, y tampoco procede la contratación directa autorizada por el artículo 24, letra i, numeral 1o. de la ley 80 de 1993, dada la evaluación que de la inminencia del riesgo establezca el respectivo Comité para cada caso en particular puede procederse a la declaratoria de urgencia manifiesta y en consecuencia a la contratación directa, en los casos especiales que así lo demande la ejecución del Programa de Protección Especial a Testigos y Personas Amenazadas. **Esto último, en vista de que el mecanismo de declaratoria de urgencia manifiesta no es un instrumento de utilización permanente, sustituto del procedimiento general de escogimiento del contratista previa licitación o concurso y, menos aún, si se tiene en cuenta que la propia regulación legal prevé la elaboración, coordinación, financiación y ejecución del mencionado Programa, el cual debe contar con un cronograma preventivo de adquisiciones que le permita con suficiente antelación adelantar las gestiones necesarias de contratación.** (subrayado y negrilla fuera de

texto). Se procura así, además, que la oportuna acción del Estado garantice protección a quienes más la requieren debido a sus actividades y se impida, igualmente, que con posterioridad pueda alegarse la denominada “falla del servicio” con el objeto de lograr cuantiosas indemnizaciones, cuando no se prestaron las garantías debidas a quienes ahora las reclaman y exigen con insistencia. Cabe precisar que la declaratoria de urgencia manifiesta permite la celebración de contratos sucesivos para conseguir el cometido propuesto.

Resulta importante destacar que hay casos en que la declaratoria de urgencia manifiesta es la consecuencia del desconocimiento del principio de planeación, lo que implica, en la práctica, que, por no haber previsto los servidores públicos la realización de estudios previos para conjurar situaciones calamitosas, deban declararla, de acuerdo con las causales del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de que quede en evidencia el incumplimiento de las exigencias del artículo 25 de la misma ley²⁹.

En este sentido, se ha pronunciado el profesor Luis Guillermo Dávila Vinueza³⁰:

Una cosa es la responsabilidad por la falta de planeación y el descuido en el ejercicio de la función pública, que de suyo debe producir el reproche jurídico, particularmente desde la perspectiva disciplinaria, y muy otra la juridicidad de la urgencia manifiesta, tanto del acto que la declara como de los contratos que la desarrollan, los que, en consecuencia, y a pesar de la falta disciplinaria serán válidos. Existirá, entonces, en tal caso sanción por la omisión de funciones pero no por el uso de la figura que se comenta.

h. Numeral 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.

Esta norma tiene un sujeto activo calificado, que es el interventor de los contratos estatales, quien puede tener la calidad de servidor público o de particular, y, en este último caso, tendrá siempre la condición de sujeto disciplinable, conforme al artículo 53 del Código Disciplinario Único, decla-

²⁹ Ver fallo de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal número 97-1162 de fecha 25 de abril de 2005.

³⁰ Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993. Legis, 2ª Edición, 2003, p. 323.

rado exequible por la Corte Constitucional, en la parte pertinente, mediante sentencia C-037 de 2003.

Las funciones de los interventores pueden deducirse del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que regula los deberes de las entidades estatales, mencionando los siguientes:

- Exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del contrato.
- Adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías.
- Adelantar revisiones periódicas de las obras, servicios o bienes suministrados.
- Exigir que la calidad de los bienes y servicios suministrados se ajuste a los requisitos mínimos previstos³¹.

A manera de ejemplo, puede decirse que un interventor falta a su deber cuando recibe una obra que no cumple las especificaciones técnicas exigidas en los pliegos de condiciones, o cuando, a pesar de conocer el incumplimiento del contratista, omite la iniciación de un proceso sancionatorio tendiente a hacer efectiva la garantía de cumplimiento.

Es necesario recordar que, conforme al numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, todas las órdenes y sugerencias que imparta el interventor deben constar por escrito.

i. Numeral 35. Dar lugar a la aplicación del silencio administrativo positivo.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 15 del decreto reglamentario 679 de 1994, para que se configure el silencio positivo, en materia de contratación estatal, deben reunirse los siguientes requisitos:

- Solicitud presentada por el contratista durante la ejecución del contrato.
- Silencio de la entidad estatal dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud.

Se genera responsabilidad disciplinaria para el servidor público que no conteste dentro del término señalado en la ley.

³¹ Conc., artículo 2 del decreto 679 de 1994.

Mediante auto del 07 de octubre de 1999, proferido en el proceso 16165, el Consejo de Estado, en Sala Contencioso-Administrativa, Sección Tercera, con ponencia de la Magistrada María Elena Giraldo Gómez, explicó los requisitos configuradores del silencio positivo en materia contractual, en estos términos:

Para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta del contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho, como ya se dijo, desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego, con la respuesta se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo. Cuando la ley para efecto de la dinámica de la operación contractual sanciona con efecto positivo la omisión o silencio de la Administración, en responder después de los tres meses siguientes a la petición del contratista, debe entenderse desde luego que lo petitionado por aquel deben ser asuntos a definir con relación a su actividad contractual, del contratista -no del contratante-, con el lleno previo de requisitos legales o contractuales, como ya se dijo. Lo anterior implica que las peticiones del contratista al contratante distintas a ese fin objetivo descrito, no son solicitudes que no respondidas expresamente en el término de tres meses, deban entenderse aceptadas presuntamente. Considerar lo contrario significaría: - que las situaciones conferidas, presuntamente, sin título justo, operarían contra derecho; - que la irregularidad del funcionario moroso en responder concedería, en algunos eventos, titularidad para hacer o ejecutar sin sustento jurídico. El contratista se colocaría contra el interés público; primaría una situación subjetiva irregular sobre aquel; - que el convenio se lesionaría porque la petición del contratista, no respondida a tiempo podría, en algunos eventos, conducir a la variación de las reglas negociales, por ejemplo, cuando pidió el aumento del plazo, la variación económica en su favor, la reducción o extensión del objeto, la interpretación del contrato, etc. ¿La no respuesta del contratante significa que este decidió favorablemente? La Sala considera que la respuesta es negativa. El contratista si bien tiene derecho a pedir -ejercicio del derecho de petición- no siempre tiene el derecho constitutivo previo para que la respuesta sea afirmativa, expresa o presuntamente. De no ser como acaba de explicarse el contrato podría novarse, o su ejecución causar desmedro injustificado al patrimonio público, etc. Todo lo anterior tiene su fundamento en el origen de los derechos subjetivos, los cuales nacen por el cumplimiento de los supuestos fácticos de las normas que los consagran; no nacen del incumplimiento del “deber de resolver las peticiones” a cargo de la Administración. En efecto, no es fuente de obligaciones la omisión al deber de resolver las peticiones. Pero sí son fuentes de estas los actos jurídicos y los hechos, entre otros la Constitución, la ley, los

actos administrativos, los negocios (actos jurídicos); el delito, la culpa, el enriquecimiento sin justa causa (hechos jurídicos), etc. Las obligaciones en materia contractual solo tienen su causa, de una parte, en actos jurídicos como la ley, el contrato mismo, los convenios sobrevinientes a este y dentro de su ejecución, como además, en los actos administrativos de la Administración contratante o en “hechos del príncipe”, estos que son también actos jurídicos. De otra parte, en el incumplimiento contractual y en hechos exógenos al contrato pero que lo afectan de reflejo -imprevisibles y de variación de las circunstancias de ejecución- (hechos jurídicos). (Se subraya).

Ahora bien, frente al derecho que tiene el particular de hacer valer el acto ficto o presunto positivo, que se produce como consecuencia de la omisión de la entidad estatal en dar respuesta a la solicitud del contratista, dicha entidad puede hacer uso del mecanismo previsto en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, esto es, revocar el acto ficto, si se dan las causales previstas en el artículo 69 del mismo Código, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales³².

32

El Consejo de Estado, en Sentencia del 16 de julio de 2002 de la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo, con ponencia de Ana Margarita Olaya Forero, expediente IJ029, expresó que la revocación a la que hace referencia el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo no solo contempla los casos de la configuración de un silencio positivo, sino que también es un instrumento que puede utilizar la Administración para revocar actos administrativos que han sido obtenidos por medios legales o fraudulentos. Al respecto, manifestó: “La interpretación que hizo la Sala del artículo 73 del C.C.A. solo contempló la posibilidad que tienen las autoridades de revocar los actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento del particular, cuando se deriven del silencio administrativo positivo, planteamiento que revisa la Sala en esta oportunidad, pues una nueva lectura del citado artículo 73 del Decreto 01 de 1984 permite ampliar el alcance que otrora señaló esta Corporación y llegar a una conclusión diferente. Nótese que en el inciso 2° de dicha norma, el legislador empleó una proposición disyuntiva y no copulativa para resaltar la ocurrencia de dos casos distintos. No de otra manera podría explicarse la puntuación de su texto. Pero además, como se observa en este mismo inciso 2° y en el 3°, el legislador, dentro de una unidad semántica, utiliza la expresión “actos administrativos”, para referirse a todos los actos administrativos, sin distinción alguna. Lo cierto entonces es que tal como quedó redactada la norma del artículo 73, son dos las circunstancias bajo las cuales procede la revocatoria de un acto que tiene efectos particulares, sin que medie el consentimiento del afectado: Una, que tiene que ver con la aplicación del silencio administrativo, y otra, relativa a que el acto hubiere ocurrido por medios ilegales. Sobre este punto de la revocación de los actos administrativos, es relevante señalar que el acto administrativo a que se refiere la parte final del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo es al acto ilícito, en el cual la expresión de voluntad del Estado nace viciada, bien por violencia, por error o por dolo, no al acto inconstitucional e ilegal de que trata el artículo 69 del C.C.A., que habiéndose formado sin vicios en la manifestación de voluntad de la Administración, pugna contra la Constitución o la ley. La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado; por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración, o del

Esta revocación del silencio positivo no sigue la regla general de la revocatoria de los actos de carácter particular y concreto, que requiere el consentimiento del particular; éste, si ha obrado de buena fe, podrá instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión que revocó el acto ficto, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 74 del C.C.A.).

- j. Numeral 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]³³ los congresistas, diputados o concejales tales prebendas aprovechando su intervención en dicho trámite.**

Con relación a este numeral, debe precisarse que las conductas en él descritas son constitutivas de los delitos de cohecho y concusión, por lo que su inclusión no habría sido necesaria, dada la previsión contenida en el numeral 1º del artículo 48 del CDU, ya citada.

- k. Numeral 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.**

Este numeral contiene una conducta específica cuya realización supone, claramente, actos de corrupción.

2. FALTAS GRAVES Y LEVES

Contrario a lo que ocurre con las faltas gravísimas, que son taxativas y están claramente establecidas en el artículo 48 del CDU, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, las faltas graves y leves se configuran cuando se incurre en el incumplimiento de los deberes (artículo 34 numerales 1, 2 y 3), el abuso de los derechos, la extralimitación

administrado, o de un tercero, pues en eso la ley no hace diferencia. Pero además, el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, este debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente, el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.”.

³³ Se considera que esta letra a, incluida entre corchetes, impide la interpretación correcta de la norma, que cobra sentido cuando aquélla se elimina.

de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones (artículo 35), impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

El artículo 43 de la ley mencionada fija los criterios para determinar la levedad o gravedad de una falta, así:

a. El grado de culpabilidad. Al respecto, debe tenerse en cuenta el párrafo del artículo 44, que define la culpa gravísima y la culpa grave, así:

Art. 44, párrafo:

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.

b. La naturaleza esencial del servicio.

c. El grado de perturbación del servicio.

d. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.

e. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

f. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta.

g. Los motivos determinantes del comportamiento.

h. La intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.

De acuerdo con el artículo 44 del CDU, las faltas graves dolosas se sancionan con suspensión en el ejercicio del cargo³⁴ e inhabilidad especial; las

³⁴

Como se ha advertido, conforme al artículo 45 del CDU, la suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria, y la inhabilidad especial implica la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo. Según el artículo 46 siguiente, declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional mediante sentencia C-948 de 2002, esta inhabilidad especial no será inferior a 30 días, ni superior a doce meses, salvo que la falta suponga la comisión de un delito contra el patrimonio económico del Estado, de acuerdo con el artículo 122 de la Constitución Política, inciso final.

faltas graves culposas, con suspensión; las leves dolosas, con multa, y las leves culposas, con amonestación escrita.

Finalmente, debe insistirse en que, conforme al mismo artículo 43, en su numeral 9, la realización típica de una falta objetivamente gravísima, cometida con culpa grave, será considerada falta grave, y se sancionará con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 44, numeral 2, del CDU. Así, es claro que sólo se sancionan como gravísimas las faltas que tienen objetivamente tal carácter y son cometidas con dolo o culpa gravísima.

Análisis Constitucional de los Regímenes Especiales de la Fuerza Pública. Especiales consideraciones de la nueva Ley disciplinaria de la Policía Nacional

Por ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS¹

1. La organización política como fundamento de la imputación disciplinaria tanto en el régimen general como en el especial

El fundamento de la imputación disciplinaria no necesariamente se predica de los artículos constitucionales que más se invocan de la responsabilidad disciplinaria -6 y 124- puesto que aquella prácticamente la encontramos a lo largo de la Constitución Política, y desde el Preámbulo, en el cual se empieza a delimitar la concepción de la organización política que nos rige en Colombia, pasando por el artículo 1, en el que se consagran los cimientos fundamentales en los que se erige nuestro Estado Social de Derecho², que sin lugar a dudas constituye un faro de singular dirección de los servidores

¹ Asesor del Despacho del Procurador General de la Nación. Abogado Especialista en Derecho Disciplinario.

² En ese sentido la Sentencia de la Corte Constitucional C-155 de 2002 señala: “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”.

públicos y los particulares que cumplen funciones públicas, en el ejercicio de las labores asignadas.

De la misma forma, el artículo segundo constitucional, que estatuye los fines estatales, de manera prodigiosa y sublime, direcciona cuál debe ser el verdadero objetivo de la estructuración de un Estado Social de Derecho, al señalar que no puede ser distinto que el de *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*; magnas tareas que solo se logran con las personas que tienen la investidura de servidores públicos. En igual sentido, el inciso segundo del mismo artículo propende al deber de las autoridades de asegurar la integridad de los derechos que les asisten a las personas residentes en Colombia.

Desde esta perspectiva, el Derecho Disciplinario es consustancial a la organización política, aspecto que desde sus inicios la Corte Constitucional ha manifestado, cuando señaló en la sentencia C-417 de 1993 que es “... 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”. Apreciación también recogida en la Sentencia C-280 de 1996 cuando adujo “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”³.

Es por tanto, que a partir de la misma concepción estatal se anclan los fundamentos constitucionales para determinar el marco que va a regir la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, pues sin lugar a dudas, los valores constitucionales en que se erige el Estado Social de Derecho necesariamente conducen, como lo señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a que la Administración, como instrumento de servicio a los altos intereses de la comunidad, tiene el deber de desarrollar actividades

³ Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional T-438 de 1992, C-251 de 1994, C-769 de 1998 y C-391 de 2002.

concretas de beneficio general, mediante el ejercicio de los distintos poderes de intervención de los cuales dispone, estableciendo así la necesidad de que la actividad de los servidores públicos se ajuste 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”⁴.

En ese contexto, la fuerza pública cumple una labor fundamental dentro de la organización política, porque si bien, en términos generales las autoridades de la república están instituidas constitucionalmente para proteger a los individuos residentes en el país, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, también lo es que el referente más inmediato de esta concepción finalística del Estado está en las atribuciones conferidas a los miembros de la fuerza pública, a quienes se les ha investido de tan fundamentales tareas en la persecución de dicha finalidad⁵, lo cual genera un vínculo más intenso que el originado frente a los demás servidores públicos y esa relación acentuada es la que marca el derrotero de la responsabilidad disciplinaria y la autorización constitucional y legal para el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, de manera especial y correlativa a las tareas asignadas.

2. Los regímenes disciplinarios especiales de la Fuerza Pública

Los artículos 217 y 218 de la Constitución Política tienen un ingrediente común cual es la autorización superior para que el Congreso de la República expidiera una normativa específica en la regulación de las conductas disciplinarias cometidas por los miembros de la fuerza pública. Así, el inciso 2º del artículo 217 de la Carta establece que “*la ley determinará el sistema*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-280 de 1996.

⁵ *Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.*

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera prestacional y disciplinario, que les es propio” y respecto de los miembros de la Policía Nacional, el inciso primero del artículo 218 *ibidem* consagra que “La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”.

Circunstancia que tiene fundamento en las especiales funciones que desempeñan esta clase de servidores públicos, lo cual permite el señalamiento de infracciones disciplinarias, la determinación de las sanciones y el procedimiento para su imposición, que necesariamente tienen una connotación distinta de las impuestas a la generalidad de los servidores públicos.

En ese sentido la Corte Constitucional dándole alcance al fundamento constitucional y legal de los regímenes especiales ha manifestado:

*“¿Pero qué significa tener un régimen especial de carácter disciplinario? Simplemente que existe un conjunto de normas singulares o particulares en las que se consagran las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes para imponerlas y el procedimiento o trámite que debe seguir el proceso respectivo, incluyendo términos, recursos, etc., aplicables a un determinado grupo de personas, en este caso a los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional, que se distinguen de las que rigen para los demás servidores del Estado, debido a la específica función o actividad que les corresponde cumplir. Dicho régimen por ser especial prevalece sobre el general u ordinario, en este caso, sobre el Código Disciplinario Único”*⁶.

Es por tanto, que la índole de las funciones específicas a que están llamados a ejecutar estos cuerpos armados, es lo que determina la configuración de faltas propias de un régimen especial y las sanciones que se les pueden imponer⁷.

Sin embargo, las diferencias entre los regímenes general y especial se han reducido a la *descripción de las conductas constitutivas de falta disciplinaria y en el catálogo de sanciones a imponer*, debido a que la concepción constitucional del Derecho Disciplinario ha evolucionado a la unificación en los aspectos más significativos y relevantes, en la protección de los derechos y garantías que son el faro en la aplicación de la respectiva normativa, es decir, que los principios y fundamentos del mismo tienden a

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-310 de 1997.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-819 de 2006.

ser iguales, puesto que en ambos regímenes el objetivo perseguido por el nuevo derecho disciplinario es que la totalidad de los servidores públicos debe observar una pulcra conducta en el ejercicio de las funciones asignadas.

En consecuencia, lo que en esencia justifica la dualidad de ordenamientos disciplinarios es la imposibilidad fáctica y jurídica de identificar las funciones que están llamados a cumplir los citados servidores del Estado⁸.

De la misma forma, la Corte Constitucional en sentencias C-310 de 1997, C-620 de 1998, C-713 de 2001 y C-431 de 2004 ha señalado que es admisible que el legislador fije una regulación común en lo que se refiere al procedimiento que debe seguirse para la aplicación de tales sanciones, sin que por eso se entienda afectado el régimen especial previsto en la Constitución encaminado a vigilar la conducta de los miembros de la fuerza pública.

3. Las relaciones especialmente intensificadas de sujeción entre los miembros de la Fuerza Pública y el Estado

Los regímenes disciplinarios especiales que consagra la Constitución Política encuentran fundamento en la llamada “teoría de relaciones especiales de sujeción” propia del derecho disciplinario, consistente en el vínculo que se adquiere entre el Estado y el particular que alcanza la investidura de servidor público, generándose una estrecha relación en la cual el segundo se compromete a respetar y cumplir los límites que le imponen las funciones asignadas.

El derecho disciplinario constituye el ejemplo por excelencia de las relaciones de especial sujeción, puesto que cuenta como regla general, con tipos de sujeto activo cualificado⁹. Esta relación especial de sujeción que tiene lugar en términos generales, entre el Estado y los servidores públicos, comporta una singular transcendencia respecto de los miembros de la Fuerza Pública por la significancia de las funciones asignadas en la Constitución Política y la ley.

Teniendo en cuenta esa apreciación, el legislador goza de libertad de configuración normativa para determinar las conductas y sanciones a imponer,

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1079 de 2005.

⁹ Carlos Arturo Gómez Pavajeau. “Dogmática del Derecho Disciplinario”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2004, pp. 136 y ss.

debido a la especificidad de la función pública que los miembros de la fuerza pública deben cumplir dentro de la estructura del Estado –Artículos 217 y 218 de la Constitución Política– y en esa medida ha señalado la Corte que el régimen disciplinario especial no puede incluir cualquier tipo de faltas, sino únicamente aquellas que están relacionadas directamente con las funciones atribuidas, es decir, aquellas cuya comisión afecta inescindiblemente el servicio público encomendado a tales fuerzas, por lo que dichos regímenes solo pueden comprender las regulaciones íntimamente vinculadas con su objetivo específico; por el contrario, todas aquellas conductas que trasciendan la función propiamente militar o policial, por carecer de relación directa con el servicio, no podrán ser cobijadas dentro de las señaladas regulaciones¹⁰.

Sin embargo, debido a las condiciones en que se manifiesta esa relación especial entre los miembros de la fuerza pública y el Estado, también se intensifica la vigilancia de su conducta, en aquellos eventos en los que aparentemente están desligados del servicio, como la franquicia, los permisos, las licencias, las vacaciones, las incapacidades, entre otros. En efecto, los artículos 34 y 35 de la Ley 1015 de 2006, que regula el régimen disciplinario de la Policía Nacional, en sus numerales 10 y 18, respectivamente, aducen que constituyen faltas gravísimas y graves, la comisión de una conducta descrita en la ley como delito o contravención cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio, o en hospitalización¹¹.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-620 de 1998 y C-1079 de 2005.

¹¹ La franquicia, de conformidad con el numeral 6o. del artículo 40 del Decreto 1791 de 2000, *“es el descanso que se le concede al personal que presta determinados servicios.”*

El permiso es definido por el numeral 5o. del artículo 40 del Decreto 1791 de 2000 como *“la autorización de funcionario competente para ausentarse temporalmente en el desempeño del cargo con derecho a sueldo, cuando medie justa causa.”*

La licencia *“es la cesación transitoria en el desempeño del cargo a solicitud propia, sin derecho a sueldo y concedida por autoridad competente”*. Esta es la definición que aparece en el numeral 7o. del artículo 40 del Decreto 1791 de 2000. Respecto de los tipos de licencias, pueden consultarse los artículos 45, 46 y 47 del mencionado Decreto. En igual sentido, ver la definición contenida en el artículo 41 del Decreto 132 de 1995, así como los artículos 47 y 48, que consagran los tipos de licencias.

Entendido como el período de descanso remunerado a que tienen derecho todos los servidores públicos, en los términos del Decreto 1045 de 1978, artículo 8o., en concordancia con los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

En cuanto a la suspensión, el artículo 50 del Decreto 1791 de 2000 estipula *“Cuando en contra de un uniformado se dicte medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, el Director General de la Policía Nacional dispondrá su suspensión en ejercicio de funciones y atribuciones. Contra la resolución que disponga la suspensión no procederá recurso alguno. // Durante el tiempo de la suspensión, percibirá las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente. Si fuere absuelto o*

En relación con este aspecto, se presentó demanda de inconstitucionalidad¹² en la que el actor manifiesta que los comportamientos adelantados en esas situaciones administrativas, sin encontrarse en desarrollo de actividades propias del servicio, o dado el incumplimiento de dichas obligaciones, no pueden ser objeto de sanción disciplinaria, por cuanto no conllevan la afectación del deber funcional propio de los miembros de la Policía Nacional, es decir, que son conductas desprovistas del requisito de la ilicitud sustancial. A su juicio, las conductas de los destinatarios de estas disposiciones cuando no están prestando sus servicios a la institución, o su comportamiento frente a obligaciones que les han sido impuestas, no tienen la potencialidad de afectar la función policial y, por ende, escapan a la potestad disciplinaria del Estado.

En ese orden, se presentaría un indebido ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, al extender sus tentáculos a situaciones que no son propias del servicio y por ende del deber funcional. En relación con este aspecto se considera que es válido y admisible desde el punto de vista constitucional que se extienda el Derecho Disciplinario, lo que además reafirma el concepto de relaciones intensificadas de sujeción de tal forma que permite en situaciones administrativas que en principio parecieran ajenas al servicio, la aplicación de dicho derecho, claro está, siempre y cuando haya conexidad con las funciones asignadas.

favorecido con cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, deberá reintegrársele el porcentaje del sueldo básico retenido. // Cuando la sentencia definitiva fuere condenatoria, las sumas retenidas pasarán a formar parte de los recursos propios de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. // Cuando el tiempo de la suspensión sea superior al de la condena impuesta, se devolverá el excedente de los haberes retenidos". En igual sentido, el artículo 50 del Decreto 132 de 1995 define la suspensión. Sobre el levantamiento de la suspensión, puede consultarse el artículo 51 de los Decretos 1791 de 2000 y 132 de 1995.

El Decreto 1796 de 2000 consagra en su artículo 27 que la incapacidad "se entiende como la disminución o pérdida de la capacidad sicofísica de cada individuo que afecte su desempeño laboral". Los artículos 28 y 29 se ocupan, respectivamente, de la clasificación y los términos de las incapacidades. De igual manera, los artículos 14, 15 y 16 del Decreto 094 de 1989 se ocupan de las incapacidades para el personal de la Policía Nacional.

La excusa de servicio, según se deduce de lo estipulado en los artículos 19 y 29 del Decreto 1796 de 2000, es la consecuencia de la disminución o pérdida de la capacidad sicofísica, es decir, que es empleado como un sinónimo de la incapacidad.

La hospitalización, según el Diccionario de la Real Academia Española es la acción y efecto de hospitalizar. Este verbo, por su parte, consiste en "Internar a un enfermo en un hospital o clínica".

¹² Expediente D-6234 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En esa dirección, el Procurador General de la Nación manifestó¹³ que de conformidad con la exposición de motivos de la Ley 1015 de 2006¹⁴, la finalidad de la tipificación de estas conductas como faltas disciplinarias no era otra que la de establecer un mayor control sobre las actividades de los destinatarios de la ley, precisamente en ese tipo de situaciones, en consideración al *“vínculo especial de sujeción que tienen los servidores uniformados de la Policía Nacional en relación con el servicio público de seguridad y teniendo en cuenta que la experiencia y los resultados estadísticos demuestran que muchas de las conductas irregulares graves ocurren cuando el personal se encuentra en situaciones administrativas tales como: franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, desaparecido, incapacitado, excusado de servicio o en hospitalización”*.

Continúa el señor Procurador señalando que para lograr el objetivo propuesto era necesario tipificar como ilícitos disciplinarios las conductas configuradoras de delitos o contravenciones realizadas durante las pluricitadas situaciones administrativas. En efecto, (i) la importantísima labor asignada a la institución policial, (ii) el poder, incluso armado, con que cuentan sus integrantes sobre el resto de la población, y (iii) el vínculo especial de sujeción *intensificado* que los une con el Estado -el cual se hace aún más fuerte que el de otros servidores estatales dada la especialísima labor que desempeñan- justifican unos controles aún mayores que los que recaen sobre la generalidad de los empleados públicos, durante el desarrollo de la actividad policial así como en las situaciones administrativas en las cuales dicha actividad no se ejerce de manera directa.

Así, el ejercicio de la potestad disciplinaria que se despliegue sobre estos servidores estatales, aun en ausencia del desarrollo de actividades propiamente policiales constituyen un fin necesario a la luz del principio de moralidad que rige a la Administración Pública, el cual, además, funge como límite para evitar arbitrariedades y conductas impropias que afecten al resto de la población.

De la misma forma se consideró que “el cargo del actor, según el cual las conductas desplegadas cuando no se está en desarrollo de actividades propias del servicio carecen de ilicitud sustancial, en tanto no tienen la poten-

¹³ Concepto del Procurador General de la Nación No. 4098 del 17 de mayo de 2006, ante la Corte Constitucional con ocasión de la demanda de inexequibilidad D-6234.

¹⁴ Ver Gaceta del Congreso No. 805 de 2004, en donde aparece publicado el Proyecto de Ley No. 265 de 2004 Cámara.

cialidad de afectar la función policial ni el deber funcional de quien la realiza, no es de recibo, como quiera que, en su calidad de representantes de la Policía, sus miembros pueden incurrir en conductas irregulares que afecten su deber funcional en períodos de separación temporal de las actividades policiales, quizás con mayor razón valiéndose de tal circunstancia, con lo cual pueden ocasionarse una serie de consecuencias que, sin lugar a dudas, afectan el desempeño de las funciones, así como la imagen, credibilidad y confianza de la Institución. Téngase en cuenta, además, que se trata de conductas configuradoras de delitos y contravenciones”.

La Corte Constitucional en Sentencia C-819 de 2006, cuando se ocupó del tema adujo que “conforme a los principios que rigen la actividad policial, los miembros de la policía están obligados a actuar bajo los principios de la inmediatez¹⁵, de obligatoriedad de intervención¹⁶ y de apoyo policivo¹⁷”. Imperativos que según la Corte están adscritos no a un cargo o a un servicio específico del que se está transitoriamente cesante, sino a la condición de servidor público policial, y que imprimen unas especiales características a la función pública policial que trasciende el estrecho marco del servicio.

Es así, que los miembros de la policía que se encuentran en las situaciones administrativas aludidas con anterioridad *“conservan su condición de servidores públicos de la institución ‘en servicio activo’, lo que implica que efectivamente y de manera actual desempeñan un empleo o cargo en esa Institución. Esta circunstancia hace que aun bajo las situaciones administrativas descritas retengan su condición de garantes de las condiciones necesarias para el goce efectivo de los derechos y las libertades ciudadanas, y para el aseguramiento de una convivencia pacífica (Art. 218 C.P.)”*.

Y por último señala la referida sentencia:

¹⁵ Artículo 4° de la Ley 62 de 1993 (Ley Orgánica de la Policía Nacional). “Toda persona tiene derecho a recibir inmediata protección contra cualquier manifestación delictiva o contravencional, y el deber de cooperar con las autoridades”.

¹⁶ Ley 62 de 1993. Artículo 8°. “El personal uniformado de la Policía Nacional, cualquiera que sea su especialidad o circunstancia en que se halle, tiene la obligación de intervenir frente a los casos de Policía de acuerdo con la Constitución Política, el presente Estatuto y demás disposiciones legales”.

¹⁷ Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía). Artículo 32. “Los funcionarios de Policía están obligados a dar sin dilación apoyo de su fuerza por propia iniciativa o por que se les pida directamente de palabra o por voces de auxilio, a toda persona que esté urgida de esta asistencia para proteger su vida, o sus bienes, o la inviolabilidad de su domicilio, o su libertad personal, o su tranquilidad”.

“Las conductas que según las disposiciones acusadas son susceptibles de ser sometidas a control disciplinario, aun cuando el servidor público se encuentre transitoriamente separado del servicio, no son de aquellas que puedan adscribirse a la esfera privada del miembro de la Policía, se trata de transgresiones del orden jurídico tipificadas en la ley como delito o contravención, que no obstante tal circunstancia de separación momentánea del servicio, comportan una ruptura del deber funcional en su expresión de deber de actuar conforme a la Constitución y a la ley, lo que eventualmente puede ser objeto legítimo de imputación disciplinaria, siempre y cuando se establezca la necesaria conexidad entre la conducta delictiva o contravencional y el menoscabo de la función pública”.

Es por ello que las relaciones especiales intensificadas de sujeción entre los miembros de la fuerza pública se extienden a las referidas situaciones administrativas que para el común de los servidores públicos no son aplicables al derecho disciplinario. Sin embargo, es bueno recalcar que no es cualquier infracción, sino aquella que efectivamente afecte el deber funcional, es decir, que tampoco es admisible llegar a extremos tales que cualquier comportamiento sea susceptible de imputación disciplinaria.

En esa dirección, la Corte Constitucional en la Sentencia C-819 de 2006 excluyó del ordenamiento las expresiones “que empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la Institución”, contenidas en los artículos 34, numeral 10, y 35, numeral 18, de la Ley 1015 de 2006¹⁸, al considerar que desconocen el principio de tipici-

¹⁸ Artículo 34. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

10. Incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, que empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la Institución, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como: Franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio, o en hospitalización.

(...)

12. Cuando se está en desarrollo de actividades propias del servicio o sin estar en él, realizar prácticas sexuales de manera pública, o dentro de las instalaciones policiales, cuando se comprometan los objetivos de la actividad y de la disciplina policial.

(...)

Artículo 35. Faltas graves. Son faltas graves:

(...)

18. Incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como contravención, que empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la Institución, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como: Franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio, o en hospitalización.

dad “en cuanto no remite a otros complementos normativos, ni responde a parámetros de valor o de la experiencia que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico, con algún nivel de consistencia y certidumbre. Por el contrario, se trata de expresiones que admiten multiplicidad de contenidos, que dependen de las concepciones y los cánones individuales del intérprete sobre lo que para él significa ‘el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad o el prestigio’ de una Institución. La expresión empañar, núcleo rector de las conductas disciplinarias examinadas, describe una acción carente de idoneidad para afectar el interés jurídico de la función pública”.

Concluyendo que esos son “conceptos vagos e imprecisos, que pueden fluctuar al vaivén de las convicciones y opiniones personales del intérprete, y adicionalmente no concretan una real afectación del deber funcional como presupuesto de legitimación del injusto disciplinario. La primera objeción estructura una violación al principio de legalidad en materia sancionatoria en su dimensión de necesidad de ley previa, estricta y precisa, en tanto que la segunda objeción configura una trasgresión al principio de lesividad o ilicitud sustancial (capacidad de afectación de la función pública) que debe orientar las conminaciones disciplinarias. Una y otra se proyectan en una violación del principio de reserva legal de las faltas disciplinarias, en tanto que la ambigüedad y la falta de precisión de las expresiones examinadas, conducen a que sea el intérprete y no el legislador quien determine el contenido de la hipótesis normativa”.

La gran preocupación de la Corte es que las expresiones, por su indeterminación, pueden dar lugar a que se sancionen conductas inocuas, es decir, carentes de idoneidad para afectar la eficacia, eficiencia y la corrección de la función pública, y en particular los fines de la actividad policial, despojando la falta disciplinaria de los atributos de precisión y taxatividad que la deben caracterizar, reflejando un desconocimiento, por parte del legislador, de los límites constitucionales contenidos en los artículos 6°, 29, y 218 de la Carta, que deben guiar el ejercicio de la potestad de configuración normativa en materia disciplinaria.

En términos generales, se comparte la posición de la Corte en cuanto a que necesariamente debe concurrir la ilicitud sustancial, pues el límite de la potestad sancionadora, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se encuentra en la afectación o amenaza de afectación del servicio, de tal forma que si esta situación no se produce, no hay lugar a responsabilidad disciplinaria. Por ello, para determinar dicha responsa-

bilidad no es suficiente verificar la infracción del reglamento, sino que se hace necesario valorar la afectación del servicio o la función pública asignada¹⁹.

Sin embargo, no se comparte el que las expresiones “*que empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la Institución*” hayan sido declaradas inexecutable, en la medida en que la teoría de las relaciones intensificadas de sujeción a las que se someten los miembros de la fuerza pública es precisamente el sustento de estos aspectos que se reflejan en las expresiones expulsadas del ordenamiento jurídico, las que se deben preservar, por las especiales condiciones, atribuciones y funciones desempeñadas por el mismo.

Es por tanto que aquella “*extrema disciplina*” es la que ha caracterizado y debe prevalecer en las instituciones castrenses, y es la que ha permitido el cumplimiento a cabalidad de las funciones encomendadas, claro está, sin desconocer los principios y derechos constitucionales y con la matización de la necesidad que la imputación disciplinaria sea consecuencia del quebrantamiento del deber funcional y por tanto de la configuración de la ilicitud sustancial.

Esas descripciones legales son las que caracterizan a un régimen disciplinario especial como el de la Policía Nacional y por supuesto distan de las aplicables a la generalidad de los servidores públicos. Es por ello, que sin llegar a los extremos de castigar disciplinariamente a los miembros de la Policía Nacional por cualquier conducta que “*empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la Institución*”, estas expresiones no se pueden analizar aisladamente, pues del contenido de la disposición de las que hacen parte, la estructuración de la conducta es a partir de la comisión de un delito o contravención.

La terminología utilizada por el legislador es adecuada al fin perseguido, consistente en proteger lo que simboliza la fuerza pública y en especial la Policía Nacional, cuya característica fundamental es la estricta disciplina que debe imperar, dada la importancia de las tareas encomendadas a sus miembros. Es por tanto que frente a actos que atenten contra esa disciplina y que afecten de manera sustancial los deberes funcionales se requiere una respuesta adecuada, con el fin de salvaguardar los fundamentos de la misma, como son el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el res-

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2004.

peto o el prestigio de la institución, tal como lo señalan las disposiciones demandadas²⁰.

Así las cosas, los términos declarados inexecutable sí podrían ser determinables en el proceso disciplinario, pues la descripción legal no puede ser igual a las del régimen común y en ese orden, la norma se debió declarar ajustada a la Constitución Política bajo el entendido que siempre y cuando las conductas delictivas cometidas por los miembros de la Policía Nacional tuviesen relación con el servicio, en desconocimiento de los deberes funcionales asignados y por tanto configurando el concepto de ilicitud sustancial.

4. Algunos aspectos puntuales sobre el nuevo régimen disciplinario de la Policía Nacional. Ley 1015 de 2006

La responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, como se anotó, en general encuentra fundamento a lo largo de toda la Constitución Política –arts. 6, 124, entre otros– pero de manera especial quiso el constituyente de 1991 que la Policía Nacional tuviese un régimen especial, señalando en el artículo 218 que a la ley le corresponde determinar el alcance del mismo.

En desarrollo de este principio constitucional se expidieron disposiciones como el Decreto 2584 de 1993 “*Por el cual se modifica el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional*”, modificado por el Decreto 575 de 1995, los cuales contemplaban aspectos relativos a la disciplina de los miembros de la Policía Nacional, pero que se acercaban más a la concepción administrativista del derecho disciplinario. Con posterioridad se profirió el Decreto 1798 de 2000, que le introduce contenidos propios de la Ley 200 de 1995, es decir, avanza hacia una dogmática propia del derecho disciplinario, la cual se robustece con la expedición de la Ley 1015 de 2006.

Así las cosas, por la naturaleza misma de la actividad que desempeñan los referidos servidores públicos es que requieren una normativa especial que se aproxime a los deberes funcionales que les corresponde ejercer. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado “lo que constituye la diferencia específica de ese régimen frente al general aplicable a los demás servidores públicos es el señalamiento de una serie de faltas disciplinarias y de sus correspondientes sanciones, que son diferentes de las

²⁰ Concepto del Procurador General No. 4167 del 15 de diciembre de 2006, ante la Corte Constitucional con ocasión de la demanda de inexecutable D-6374 contra los artículos 34 y 35, numerales 10 y 18, respectivamente.

que pueden ser impuestas a la generalidad de los mencionados servidores públicos”²¹.

Tareas que en el caso de la Policía Nacional, también por expresa disposición constitucional, tienen una connotación especial, como son las referidas al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, así como asegurar la convivencia pacífica de los colombianos –art. 218 de la C.P.– y es por ello, la necesidad de expedir un estatuto disciplinario en el aspecto sustancial, que se ajuste a los requerimientos de las labores asignadas a dicho órgano estatal, pues en el componente procedimental es constitucionalmente admisible que se rija por la normativa general que cobija a los demás servidores públicos –Ley 734 de 2002–, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en diversas sentencias²², por lo que el artículo 58 de la Ley 1015 de 2006 remite expresamente al Código Disciplinario Único la aplicación del procedimiento que este compendio normativo estatuye.

De igual manera, el contenido de la ley adopta la nueva dogmática del derecho disciplinario que está vigente en Colombia, pues si bien el régimen disciplinario de la Policía Nacional tiene unas características especiales que lo diferencian del general, aplicable a los demás servidores públicos, aquel hace parte del derecho sancionador del Estado, que desde el punto de vista dogmático debe reunir unas condiciones de homogeneidad a tener en cuenta en los regímenes disciplinarios, sin importar su naturaleza especial o general. Y en esa dirección, estipula aspectos como la ilicitud sustancial –artículo 4–, es decir, que la conducta es objeto de la acción disciplinaria cuando se afecte el deber funcional sin justificación alguna, alejándose del concepto de la aplicación de la antijuridicidad material que predominó hasta hace un tiempo en el derecho disciplinario, cuando este, poco o nada, se diferenciaba del derecho penal.

En el Título I se consagran las normas rectoras que fijan principios garantizadores de los derechos fundamentales y procesales de los imputados, que conducen a la integración con el derecho disciplinario aplicable a los demás servidores públicos que, ante todo en la normativa actual, es cuidadoso de los derechos y garantías de los disciplinados, circunstancia que realza su autonomía, lo cual se consolida como una manifestación del Estado de procu-

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2004.

²² Ver Sentencias de la Corte Constitucional C-088 de 1997, C-310 de 1997, C-712 de 2001 y 796 de 2004.

rar la persecución de las conductas constitutivas de falta disciplinaria, pero cobijando con un manto de garantismo a quienes son sujetos de la misma, sin necesidad de recurrir a otros ordenamientos, especialmente el penal.

Igualmente, dándoles alcance a las particulares funciones ejercidas por la Policía Nacional, la ley hace énfasis en la aplicación del régimen disciplinario solamente cuando ocurran conductas inherentes al servicio, por lo que aquellas que no se desprendan de la especial actividad se deben regir por las disposiciones generales de los demás servidores públicos.

Así mismo, se incluyen como sujetos de la acción disciplinaria los auxiliares de policía²³, cuya labor es de gran importancia no solamente dentro de la organización de la Policía Nacional, sino que diversos comportamientos suyos pueden constituir conductas verdaderamente reprochables desde el punto de vista disciplinario y que por el diseño legal anterior no se tenía la claridad sobre la imputación de faltas disciplinarias a estos auxiliares, que, sin duda, son servidores públicos unidos en una relación especial con el Estado, situación que le permite a este ejercer su potestad sancionatoria, con el fin de mantener la disciplina en una institución de esa magnitud. En el caso específico, los auxiliares pueden ser sujetos de las sanciones que se les aplica a los demás miembros de la policía, como destitución e inhabilidad general, con unas variaciones en la graduación de las sanciones respecto de faltas graves y leves.

Respecto a la clasificación de las faltas disciplinarias²⁴ se conserva el esquema de gravísimas, graves y leves, incrementando el catálogo de las gravísimas, y además, contiene un listado modificado de faltas graves y leves, al igual que en el Decreto 1798 de 2000, aspecto que, a diferencia del régimen general en donde es imposible enumerar dichas faltas, en el presente evento, hay lugar a establecer un listado, pues por la especial naturaleza de las funciones de la Policía Nacional es admisible que se enumeren una serie de faltas propias de su actividad y de más frecuente comisión, lo cual no significa que se agoten en ese listado, y es así que el artículo 37 señala que también constituyen faltas la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las prohibiciones, el abuso de los derechos o el incumplimiento de los deberes contemplados en la Constitución Política, los tratados, las leyes y los actos administrativos.

²³ Artículo 23 de la Ley 1015 de 2006.

²⁴ Artículo 33 de la Ley 1015 de 2006.

En cuanto a la dosificación de las sanciones²⁵, se adopta el esquema de la Ley 734 de 2002, por lo que en tratándose de faltas gravísimas cometidas con dolo o culpa gravísima se aplica la destitución con una inhabilidad general de 10 a 20 años, ajustándose respecto a las impuestas a los demás servidores públicos, que frente a conductas de esa naturaleza, el Decreto 1798 de 2000 era demasiado flexible, pues la sanción accesoria estaba consagrada de uno a cinco años, lo cual no era razonable dada la especial condición en que se encuentran los servidores públicos destinatarios de la ley disciplinaria en comento.

De otro lado, la Ley consagra la creación de las oficinas de control interno –artículos 54 a 57– dándole un sentido organizacional al ejercicio de la acción disciplinaria, pues el régimen del Decreto 1798 de 2000 otorgaba competencia a los comandantes de departamento en primera instancia y al Director General de la Policía, lo cual constituía una medida antitécnica en la aplicación del derecho disciplinario, por cuanto se convertía en una función más de las múltiples tareas atribuidas a dichos servidores, desconociendo el principio de la especialidad y de dedicación exclusiva al ejercicio de la acción disciplinaria, que es la característica y la finalidad que se busca con la instauración de las oficinas de control interno. Al adoptar este sistema, permite que se tenga una mayor independencia y autonomía en el desempeño de las referidas funciones.

En síntesis, la Ley 1015 de 2006 contiene una marcada influencia de la Ley 734 de 2002, en su parte estructural, y por supuesto, conserva las particularidades y matizaciones que debe contener un régimen disciplinario especial de origen constitucional, como es el de la Policía Nacional.

²⁵ Artículos 38 y siguientes de la Ley 1015 de 2006.

El Código Disciplinario Único y su aplicabilidad en materia ambiental

Por JORGE ENRIQUE MARTÍNEZ BAUTISTA¹

Introducción

En cumplimiento de precisas normas de orden constitucional que ordenan al Ministerio Público defender los intereses de la Nación, promoviendo y ejecutando las acciones tendientes a proteger el cumplimiento de la Constitución, la ley, los actos administrativos y demás disposiciones positivas, además de supervigilar la conducta oficial de los servidores públicos y de los particulares que desempeñan funciones públicas, esta exposición tiene por objeto reiterar el estudio de algunas normas contenidas en el Estatuto Disciplinario, Ley 734 de 2002, que entran a regular las conductas y sanciones derivadas del incumplimiento del deber funcional de las autoridades ambientales así como de los servidores locales, frente a la protección del derecho fundamental a la salud, del medio ambiente, de los recursos naturales y de los ecosistemas.

El estudio de este régimen sancionador en materia ambiental se circunscribe, por ende, a los sujetos que se encuentran dentro de una relación especial de sujeción con el Estado, dentro de los cuales se encuentran los servidores públicos y aquellas personas que sin ostentar esta calidad cumplen funciones públicas, es decir, que no comprende las sanciones que deben imponer las autoridades ambientales a los infractores del régimen ambiental, y que corresponden a lo previsto por el Decreto 1594 de 1984, conforme lo señala el artículo 85 de la Ley 99 de 1993.

¹ Procurador Judicial Ambiental y Agrario. Abogado Especialista en Derecho Disciplinario.

Tradicionalmente, se ha considerado que los temas relacionados con el ejercicio de la acción disciplinaria y su correspondiente deducción de responsabilidad se han encaminado específicamente a tratar aspectos orientados a contrarrestar y sancionar todas aquellas conductas que atentan contra los intereses patrimoniales del Estado, así como contra todos aquellos comportamientos que de una u otra forma interfieren en el eficaz y eficiente cumplimiento de los deberes del servidor público o del particular que presta estas funciones.

Es decir, que se había considerado que la acción disciplinaria estaba enfocada únicamente hacia la protección del patrimonio estatal, y hacia la verificación del cumplimiento de un marco legal que asegurara que por parte del servidor público se estaba dando cumplimiento a sus obligaciones de una manera pronta y eficiente.

El fundamento finalista de la Ley 200 de 1995 fue considerado como una necesaria reacción a todos aquellos factores que generaran inmoralidad en las distintas instancias de la Administración Pública, especialmente en campos como la contratación estatal, el manejo de las rentas públicas, las transferencias, el presupuesto, el desconocimiento de los controles de la Administración Pública y otros aspectos análogos, que daban a entender que la ley disciplinaria solamente miraba el cuidado y la protección de los intereses de orden económico estatal, si así se puede decir.

Con la expedición de la Ley 734 del año 2002, que contiene el Código Disciplinario Único, además de las anteriores situaciones, surgen a la vida jurídica una serie de conceptos y de consideraciones que fortalecen las concepciones de orden ontológico fundadas en aspectos de trascendental importancia como son el respeto al entorno, a la sociedad, a la dignidad humana y, especialmente, a los derechos humanos, como una forma de mejorar el nivel de vida y las condiciones de dignidad a todos los asociados, como se debe estructurar en el Estado Social de Derecho.

Sin embargo, estas consideraciones todavía no han sido objeto de un estudio riguroso, debido a que no se les ha dado la significación correspondiente y es por ello que debemos reiterar la necesidad de ejercer los mecanismos administrativos sancionatorios para lograr la verdadera defensa de los intereses sociales o colectivos, como son aquellos que están relacionados con la salud humana, la protección de los ecosistemas, el medio ambiente, la diversidad étnica y cultural de la Nación, entre otros aspectos, de forma tal que se asegure su efectiva protección por parte de los organismos de

control, mediante la aplicación de sanciones que conlleven a garantizar este cometido, ajustadas a los principios de eficiencia, eficacia, moralidad, economía y celeridad, que orientan la actuación administrativa, en los términos previstos por el artículo 209 constitucional.

Por eso es necesario retomar una serie de normas que, no obstante encontrarse vigentes en nuestro ordenamiento constitucional y legal, prácticamente han pasado desapercibidas e inaplicadas y no se les ha reconocido la significación que el Constituyente y el Legislador tuvieron como asidero para que surgieran a la vida jurídica, por representar la protección de un alto contenido social, que se traduce en el interés colectivo que están llamadas a proteger.

Estos temas atinentes al respeto y a la eficaz protección de intereses colectivos y sociales, que se relacionan con la protección de la salud humana, la diversidad étnica y cultural, los recursos naturales y el medio ambiente, cobran especial trascendencia en la Ley 734 de 2002, que prescribe una serie de sanciones para aquellos servidores que desarrollen conductas activas u omisivas que afecten estos derechos colectivos sin que les asista justificación alguna.

En efecto, como consecuencia de las grandes transformaciones que ha traído para nuestra sociedad y para el Estado colombiano el amplio desarrollo legal y jurisprudencial de las normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, las disposiciones se han orientado a lograr una serie de cambios en aspectos, principalmente, de protección al orden social, focalizándolos a corroborar la implementación de herramientas para defender los derechos de la comunidad mediante la adecuada y oportuna aplicación del ordenamiento jurídico sancionador, de forma tal que se puedan salvaguardar los postulados antes descritos de manera integral.

Las Altas Cortes de Justicia de nuestro país han emitido pronunciamientos encaminados a lograr el real beneficio social de la comunidad, mediante la aplicación objetiva de dichos preceptos, argumentado en el interés jurídico que estas protegen, indicando diferentes y eficaces vías de acción que se encuentran expeditas para lograr su aplicación, mediante la implementación y aplicación de normas no solo de orden interno, sino también de orden internacional en las cuales se determinan los mecanismos para lograr su protección eficaz y que podemos desarrollar mediante la aplicación de los lineamientos que prescribe el bloque de constitucionalidad a que hace alusión el artículo 93 de nuestro estatuto superior.

Dentro de esa amplia gama de derechos humanos, los derechos colectivos, y en especial el derecho a gozar de un ambiente sano, se han considerado como aquellos que reconocen y protegen los intereses de la comunidad en general o la de aquellos grupos de personas que tienen condiciones de vida no necesariamente compatibles o análogas a la nuestra, pero que de todas maneras encuentran su fundamento en los principios de solidaridad, supervivencia de la humanidad y búsqueda de solución pacífica de conflictos.

Como tales podemos citar el derecho a gozar de un ambiente sano, los derechos de los consumidores y usuarios de servicios públicos, los derechos de los grupos étnicos, y otros más que tienden a brindar un mejor estar a todas las comunidades en general.

El Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, no podía ser ajeno a los pronunciamientos que sobre estas materias se habían proferido por los altos tribunales de justicia en nuestro país y permitir, por consiguiente, que se siguieran generando y presentando comportamientos negligentes, morosos y omisivos por parte de los servidores del Estado y de aquellos particulares a quienes se les hubiera encomendado el cumplimiento y aplicación de las normas orientadas a proteger estos derechos colectivos, ya sea porque se encuentren o no vinculados a las propias autoridades ambientales, a las entidades encargadas del manejo de los recursos naturales y del medio ambiente o a las autoridades administrativas, quienes desconociendo la importancia y finalidad de la labor encomendada no realizan una gestión adecuada y oportuna para proteger los derechos de la sociedad de la cual forman parte y que por ende son también sus propios derechos.

Por ello este estatuto sancionador tipificó como faltas gravísimas que pueden generar la destitución del cargo que desempeña el servidor público y ocasionar inhabilidades para ejercer cargos públicos, extensivas a los particulares que cumplen estas funciones, algunas conductas relacionadas con la violación al régimen de prohibiciones, desconocimiento de los deberes e inaplicación estricta y oportuna de las normas que protegen los derechos colectivos de la sociedad y que por su propia naturaleza, en muchos casos, ostentan el carácter de permanentes.

1. Marco constitucional

Las normas de protección ambiental son consecuencia de lo prescrito por el constituyente de 1991, el cual estableció en el artículo 79 que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano y que es deber de la

ley garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que pueden afectarla; así mismo, que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Igualmente, el artículo 80 del estatuto superior señala que el Estado debe planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, previniendo los factores de deterioro ambiental, imponiendo las sanciones pertinentes y exigiendo la reparación de los daños causados, actuación esta que guarda estrecha concordancia con lo señalado por el artículo 277, numeral 4º que establece como funciones del Procurador General de la Nación, entre otras, defender los intereses colectivos y en especial el ambiente, así como ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

Estas disposiciones no se dirigen de modo exclusivo a los servidores públicos que pertenecen a las denominadas autoridades ambientales, como son el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; las Corporaciones Autónomas Regionales, de Desarrollo Sostenible y los Departamentos Técnicos Administrativos del Medio Ambiente, sino que su espectro es mucho más amplio, ya que también cobijan a las entidades territoriales, es decir, a los servidores de los departamentos, municipios y territorios indígenas, tales como diputados, gobernadores, concejales, alcaldes, demás servidores públicos y a los representantes legales de los grupos indígenas, que tienen dentro de su marco general de competencia funciones relacionadas con la reglamentación y eficaz protección de estos derechos constitucionalmente reconocidos y jurisprudencialmente avalados.

En efecto, la aplicación de estas normas a dichos servidores se fundamenta en la propia Constitución Política, que al respecto señala, en el artículo 300, como marco de responsabilidad y de competencia, que corresponde a las asambleas departamentales expedir las resoluciones relacionadas con la protección del ambiente y la planeación.

Es decir, que el Legislador de 1991 facultó a estas Corporaciones Públicas para expedir la reglamentación necesaria para proteger su propio entorno territorial, mediante la expedición de normas que conllevaran al eficaz reconocimiento de este derecho de la población, estableciendo y ordenando implementar los procesos de planeación adecuados al logro de estos fines.

Estas obligaciones se proyectan al gobernador del departamento, en el artículo 305 del estatuto superior, que le atribuye dentro de su marco de competencia el cumplir y hacer cumplir lo dispuesto en la Constitución, los decretos y las ordenanzas de las Asambleas Departamentales. Para el caso que nos ocupa, este cumplimiento se circunscribe a las disposiciones relacionadas en materia de protección al medio ambiente y a los ecosistemas, mediante la gestión y promoción del desarrollo y la protección integral de su territorio.

De otra parte, el artículo 313 del estatuto constitucional determinó, como deber a cargo de los Concejos municipales, reglamentar la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio, los usos del suelo y dictar normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del mismo.

De esta forma, se concretaron las funciones que en materia de competencia le asigna la Constitución a esta célula municipal, y que se verifican en la expedición de normas que tienen como finalidad específica lograr el mejoramiento de las condiciones ambientales, sociales y habitacionales de la población, teniendo siempre como objetivo la protección del patrimonio social, ecológico y cultural.

2. Marco legal

Además de las obligaciones a que hemos hecho alusión, la Ley 99 de 1993, mediante la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se reordenó el sector público encargado de la gestión y conservación del Medio Ambiente y los Recursos Naturales Renovables, se organizó el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictaron otras disposiciones, determinó en el artículo 64 que corresponde a los departamentos, en materia ambiental, además de las funciones que le sean delegadas por la ley o de las que se les deleguen a los Gobernadores por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:

- 1) Promover y ejecutar programas y políticas nacionales, regionales y sectoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables;
- 2) Expedir, con sujeción a las normas superiores, las disposiciones departamentales especiales relacionadas con el medio ambiente;

3) Dar apoyo presupuestal, técnico, financiero y administrativo a las Corporaciones Autónomas Regionales, a los municipios y a las demás entidades territoriales que se creen en el ámbito departamental, en la ejecución de programas y proyectos en las tareas necesarias para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables;

4) Ejercer en coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental (SINA) y con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho a un ambiente sano;

5) Desarrollar, con la asesoría o la participación de las Corporaciones Autónomas Regionales, programas de cooperación e integración con los entes territoriales equivalentes y limítrofes del país vecino, dirigidos a fomentar la preservación del medio ambiente común y los recursos naturales renovables binacionales;

6) Promover, cofinanciar o ejecutar, en coordinación con los entes directores y organismos ejecutores del Sistema Nacional de Adecuación de Tierras y con las Corporaciones Autónomas Regionales, obras y proyectos de irrigación, drenaje, recuperación de tierras, defensa contra las inundaciones y regulación de cauces o corrientes de agua, para el adecuado manejo y aprovechamiento de cuencas hidrográficas.

7) Coordinar y dirigir con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales, las actividades de control y vigilancia ambientales intermunicipales, que se realicen en el territorio del departamento con el apoyo de la fuerza pública, en relación con la movilización, procesamiento, uso, aprovechamiento y comercialización de los recursos naturales renovables.

Así mismo, la ley 99 de 1993 señala en el artículo 65 las funciones de los municipios, de los distritos y del Distrito Capital de Bogotá, estableciendo que en materia ambiental corresponde a estos entes, así como a los distritos con régimen constitucional especial, además de las funciones que les sean delegadas por la ley o de las que deleguen o transfieran a los alcaldes por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:

1) Promover y ejecutar programas y políticas nacionales, regionales y sectoriales en relación con el medio ambiente y los recursos naturales renovables; elaborar los planes, programas y proyectos ambientales municipales

articulados a los planes, programas y proyectos regionales, departamentales y nacionales.

2) Dictar con sujeción a las disposiciones legales reglamentarias superiores, las normas necesarias para el control, la preservación y la defensa del patrimonio ecológico del municipio.

3) Adoptar los planes, programas y proyectos de desarrollo ambiental y de los recursos naturales renovables, que hayan sido discutidos y aprobados a nivel regional, conforme a las normas de planificación ambiental de que trata la presente ley;

4) Participar en la elaboración de planes, programas y proyectos de desarrollo ambiental y de los recursos naturales renovables a nivel departamental.

5) Colaborar con las Corporaciones Autónomas Regionales, en la elaboración de los planes regionales y en la ejecución de programas, proyectos y tareas necesarias para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables;

6) Ejercer, a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en Coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental (SINA), con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano.

7) Coordinar y dirigir, con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales, las actividades permanentes de control y vigilancia ambientales que se realicen en el territorio del municipio o distrito con el apoyo de la fuerza pública, en relación con la movilización, procesamiento, uso, aprovechamiento y comercialización de los recursos naturales renovables o con actividades contaminantes y degradantes de las aguas, el aire o el suelo.

8) Dictar, dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las disposiciones superiores, las normas de ordenamiento territorial del municipio y las regulaciones sobre usos del suelo.

9) Ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimientos del municipio, así como programas

de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos y de control a las emisiones contaminantes del aire.

10) Promover, cofinanciar o ejecutar, en coordinación con los entes directores y organismos ejecutores del Sistema Nacional de Adecuación de Tierras y con las Corporaciones Autónomas Regionales, obras y proyectos de irrigación, drenaje, recuperación de tierras, defensa contra las inundaciones y regulación de cauces o corrientes de agua, para el adecuado manejo y aprovechamiento de cuencas y microcuencas hidrográficas.

PARÁGRAFO. Las Unidades Municipales de Asistencia Técnica Agropecuaria a Pequeños Productores, UMATAS, prestarán el servicio de asistencia técnica y harán transferencia de tecnología en lo relacionado con la defensa del medio ambiente y la protección de los recursos naturales renovables.

Igualmente, señala el artículo 66 de la ley 99 de 1993 como competencias de los grandes centros urbanos que:

Los municipios, distritos o áreas metropolitanas cuya población urbana fuere igual o superior a un millón de habitantes (1.000.000) ejercerán dentro del perímetro urbano las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales, en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano. Además de las licencias ambientales, concesiones, permisos y autorizaciones que les corresponda otorgar para el ejercicio de actividades o la ejecución de obras dentro del territorio de su jurisdicción, las autoridades municipales, distritales o metropolitanas tendrán la responsabilidad de efectuar el control de vertimientos y emisiones contaminantes, disposición de desechos sólidos y de residuos tóxicos y peligrosos, dictar las medidas de corrección o mitigación de daños ambientales y adelantar proyectos de saneamiento y descontaminación.

Finalmente, el artículo 67 de esta misma ley establece que los territorios indígenas tendrán las mismas funciones y deberes definidos para los municipios en materia ambiental, dando así aplicación al artículo 268 de la Constitución Política, que señala que los territorios indígenas son entidades territoriales.

Como se puede observar, constitucional y legalmente se encuentran perfectamente establecidas y delimitadas las competencias que corresponden a los distintos entes territoriales, entre las cuales es de destacar la promoción y ejecución de programas y políticas nacionales sectoriales en relación con el

medio ambiente, así como elaborar los planes, programas y proyectos que debidamente articulados a nivel regional han de brindar un mejoramiento a nuestro entorno.

Pero no podemos desconocer que es la misma Ley 99 de 1993 la que le asigna al municipio la facultad de dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico del municipio, con sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias, teniendo como norte los preceptos normativos generales que buscan asegurar el interés colectivo y garantizar el manejo armónico y la integridad del patrimonio natural de la Nación, mediante la aplicación de los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiario.

Además de lo anterior, en el artículo 111 de la Ley 99 de 1993 se estableció como deber del alcalde municipal el cumplimiento de funciones de carácter preventivo frente al medio ambiente, dentro de las que se encuentra la de disponer la declaratoria de interés público de las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua a los acueductos municipales y distritales, prescribiendo igualmente que los departamentos y municipios durante un periodo de 15 años deberían dedicar un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos, con el fin de adquirir estos bienes, los cuales debería administrar y conservar en coordinación con la Corporación Autónoma Regional, vinculando a la sociedad civil.

De otra parte, corroborando el marco de obligaciones antes descrito, la ley 136 de 1994 preceptúa en el artículo 3°, numeral 4° que corresponde al municipio planificar el desarrollo económico, social y ambiental de su territorio, de conformidad con la ley y en coordinación con otras entidades, función esta que es corroborada por el numeral 6° de la misma norma, que le asigna como función el velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del medio ambiente.

Todo ello nos lleva a destacar la gran importancia del alcalde municipal, como primera autoridad administrativa, encargado de las labores de bienestar a sus conciudadanos, quien por ostentar uno de los altos cargos y estar ubicado estratégicamente en una de las unidades administrativas básicas del Estado, es a quien el propio estatuto superior le ha confiado la representación de los más legítimos intereses de la comunidad frente a la protección integral de la salud humana, el medio ambiente y los ecosistemas de su propia comprensión municipal.

En este propósito inequívoco del Legislador, cual es el de proteger nuestros derechos colectivos, surge como punto de apoyo, para el logro de esta gestión, el Código Disciplinario Único, en el cual también se incluyen de manera específica y taxativa la descripción de aquellas conductas atentatorias contra el medio ambiente y los ecosistemas, derivadas precisamente de la acción, omisión, extralimitación de funciones y demás circunstancias frente a las cuales ese servidor público puede incurrir en falta disciplinaria al no dar estricto cumplimiento a lo que el estatuto superior y sus reglamentos le han señalado.

Este código disciplinario es claro y reiterativo en afirmar que el ilícito disciplinario comporta siempre la vulneración o el desconocimiento de los deberes y prohibiciones, es decir, que es ese quebrantamiento o desconocimiento de las obligaciones el que origina la imposición de la correspondiente sanción, la cual reviste el carácter de agravada cuando quiera que con ella se lesionan no solo los intereses patrimoniales del Estado, sino también los derechos colectivos o sociales, toda vez que los efectos de dicha conducta nociva se esparcen en la sociedad de manera tal que muchas veces hacen imposible que haya una verdadera reparación o restauración del daño que se ha causado.

La protección del medio ambiente ocupa especial protección y amparo en la constitución y la ley, más aún, cuando está estrechamente vinculado al concepto de protección del patrimonio natural y el entorno de las comunidades indígenas o negras. Es por ello que el desconocimiento de esta normativa conlleva serias amenazas, en ciertos casos, contra la subsistencia de los grupos étnicos, como por ejemplo cuando se desarrollan actividades extractivas en las cuales se utilizan productos químicos que alteran los recursos hídricos y vegetales que generan en ciertos casos malformaciones genéticas en los integrantes de la comunidad o cuando ante la omisión de evitar el daño que se presenta a los aprovechamientos forestales se priva a una comunidad de los medios de subsistencia, como ocurre en el caso de la tala del manglar y de otras especies de las cuales deviene el sustento de estos grupos humanos que aprovechan los recursos del suelo en estos ecosistemas (conchas, moluscos, etc.).

Por ello, resulta irremplazable la eficaz y activa intervención de las autoridades territoriales en el cumplimiento y ejecución de la imposición de medidas preventivas y sancionatorias que profieren las autoridades ambientales las cuales, en muchos casos, no se pueden cumplir debido, precisamente, a la ausencia de colaboración de dichos mandatarios.

Pero esta intervención no solo es responsabilidad del alcalde municipal, pues de conformidad con lo señalado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 312, el Concejo Municipal tiene un alto grado de participación en la misma, ya que tiene como función la de dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio, es decir, que el cumplimiento de las normas atinentes a que podamos gozar de un ambiente sano se circunscribe de manera específica en el Concejo Municipal y en el jefe de la administración local como representante legal y primera autoridad administrativa del municipio.

3. Consideraciones generales

El daño directo a los ecosistemas, así como el impacto negativo que genera el proceso productivo en la sociedad, aumentan año por año no solo como consecuencia del alto crecimiento demográfico en nuestro país, sino por el incremento de los procesos industriales, tecnológicos y culturales que transforman nuestro estilo de vida.

Desde hace más de 30 años se vienen expidiendo una serie de normas que tienden a proteger nuestro entorno, que tratan no de limitar el acceso a los recursos naturales, sino de crear conciencia de la necesidad que su explotación se haga conforme al principio del desarrollo sostenible que implica el uso racional de los mismos, a fin de que no se agote su base de producción.

En los últimos años y como consecuencia del ejercicio de los instrumentos jurídicos que ha previsto nuestro estatuto superior, se vienen desarrollando movimientos orientados a la protección de los recursos naturales y el ecosistema, con la única finalidad de velar por el entorno en el que día a día desarrollamos nuestras actividades.

Estos movimientos, que buscan proteger el lugar donde las personas cotidianamente desarrollan sus actividades familiares y laborales, han judicializado la protección del entorno, como una protesta social que se ha generado, precisamente, por la desidia y la ausencia de gestión eficaz y oportuna de los servidores y funcionarios encargados de la administración y manejo de los recursos naturales.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia estableció la cláusula general de responsabilidad patrimonial que se genera como consecuencia

del daño antijurídico imputable al Estado, por la acción u omisión de sus autoridades, lo que origina un importante avance que garantiza a los ciudadanos el resarcimiento de los perjuicios causados en el desarrollo de actuaciones públicas.

Igualmente, dicho precepto determinó que se cierne en obligación a cargo del Estado la necesidad de repetir contra el servidor que como consecuencia de su acción u omisión generó el daño que conllevó a la condena a cargo del erario. Esta norma superior se enmarca dentro de la finalidad del constituyente de obligar al servidor a que tome conciencia de la responsable e importante misión que se le ha encomendado y su deber de actuar de manera eficaz y eficiente en el desarrollo de sus tareas.

Son varios y constantes los problemas de orden social, sanitario, económico y ambiental derivados de la indebida utilización y daño a los recursos naturales, por lo cual se pretende dar a conocer algunos planteamientos de orden legal y jurisprudencial que se tornan indispensables para contrarrestar los graves perjuicios que periódicamente se presentan, con la finalidad de que los servidores públicos y los particulares investidos de estas funciones ejerzan las tareas que el propio ordenamiento constitucional ha previsto, para lograr el bienestar de las condiciones de vida de nuestros conciudadanos.

El régimen disciplinario, como estatuto autónomo, compuesto por una serie de normas y principios, permite deducir responsabilidad e imponer sanciones a los servidores públicos o a los particulares que cumplan funciones públicas cuando incumplen o desconocen sus deberes y obligaciones funcionales, o cuando incurren dentro del régimen de inhabilidades e incompatibilidades que ha establecido la ley; no podía desconocer aquellas conductas que de una u otra forma vulneran derechos colectivos o individuales relacionados con la salud humana, el medio ambiente, los recursos naturales y el ecosistema en general.

4. Aspectos disciplinarios

En materia ambiental, las sanciones a los comportamientos ilícitos descritos en el ordenamiento jurídico disciplinario están orientadas a contrarrestar todas aquellas acciones u omisiones ejecutadas por el servidor público o el particular que cumple este tipo de funciones, que pueden lesionar o poner en grave riesgo estos bienes jurídicos protegidos, mediante la imposición de unas sanciones ejemplarizantes, debido al daño social que producen.

El proceso disciplinario juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a la trasgresión de normas que tienen como finalidad el lograr la eficiencia, eficacia y moralidad de la Administración Pública, dentro de una relación especial de sujeción que surge entre el servidor y el Estado, y busca garantizar el buen funcionamiento de la Administración Pública.

La nueva concepción que ha desarrollado la jurisprudencia de las altas cortes mira otra arista, que es la protección de la sociedad, la cual se encuentra consagrada y perfectamente consolidada por el estatuto disciplinario, al consagrar las máximas sanciones contra aquellos servidores y particulares encargados de estas funciones, que de una u otra forma desconocen la normativa ambiental.

La entrada en vigencia de esta ley disciplinaria cobra alta significación en aspectos de trascendencia nacional e internacional, que tienen como fundamento la oportuna y eficaz protección de la comunidad, ante el incumplimiento del deber funcional de los servidores encargados de cumplir con efectividad los cometidos estatales.

Por ello, el Código Disciplinario Único consagra como faltas gravísimas algunas conductas relacionadas con la no aplicación estricta y oportuna de las normas que protegen estos derechos colectivos, entre las cuales podemos señalar las siguientes:

1. – Ley 734 de 2002, Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: ... numeral 30. “Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o 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”.

Lo que se sanciona es la omisión de exigir la correspondiente licencia ambiental para la realización de un proyecto, obra o actividad, que pueda causar un impacto ambiental negativo al ecosistema.

La ley prevé que incurre en esta conducta el servidor que intervenga en cualquiera de esas cuatro fases que allí se consagran, es decir, que al señalar que dicha ilicitud se presenta desde el inicio de la tramitación del respectivo contrato está señalando pautas y alarmas para que el funcionario pueda

perfectamente abstenerse de dar curso a dicha actuación desde un primer momento, ya que de no hacerlo así incurriría en la falta allí descrita, y que se proyecta a las otras etapas de la contratación.

Con la consagración de estas conductas como faltas disciplinarias, se está advirtiendo al servidor sobre el estricto cumplimiento de la exigencia de la licencia ambiental para que se pueda desarrollar el objeto del contrato, con cuya ejecución se pueden causar graves impactos al ecosistema y que por ende requiere el aval de la autoridad ambiental competente, mediante la expedición del documento en el cual le señala de qué manera puede llevar a cabo dicha actividad sin que se cause perjuicio al entorno.

Con ello se da plena aplicación a normas de orden superior y se están rescatando una serie de pronunciamientos que ha emitido la propia Corte Constitucional, en los que se destaca la necesidad de proteger los derechos colectivos y el medio ambiente, mediante la exigibilidad de ciertos requisitos que tienden a contrarrestar el grave impacto que puede generar la ejecución de un proyecto, obra o actividad sin el cumplimiento de condiciones especiales autorizadas por la autoridad competente.

Si analizamos el numeral 30 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, podemos establecer que se sanciona la comisión de una conducta omisiva en la cual el servidor público o el particular que presta servicios públicos participan mediante su intervención pasiva en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de un contrato estatal, omitiendo, entre otras conductas, la exigibilidad de un prerrequisito básico que expide la autoridad ambiental una vez que el peticionario ha cumplido a cabalidad con la adecuada presentación de los estudios técnicos, económicos o financieros que se le han exigido y que lo habilitan para la ejecución de dicho proyecto contractual, teniendo la obligación y el deber funcional de solicitar dicha documentación, e incurrir por ende en el desconocimiento de los deberes que le señala el artículo 34 de esta misma ley.

Esta exigencia del ordenamiento jurídico disciplinario tiene su asidero en el artículo 49 de la ley 99 de 1993, que exige que la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos puedan producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, requieren licencia ambiental.

Esta disposición fue reglamentada por el Decreto 1220 de 2005, al establecer que la licencia ambiental es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad,

la cual se encuentra sujeta, por parte del beneficiario, al cumplimiento de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

Pero, para efectos de entrar a deducir la responsabilidad por la omisión generada frente a la exigibilidad de la licencia, es menester precisar algunos conceptos de orden técnico que permiten ratificar y justificar la adopción de esta determinación taxativa de la ley disciplinaria.

Por ello, para estos fines, debemos precisar que la exigibilidad de dicha autorización está referida a la prevención y protección del entorno, trayendo a colación algunos conceptos de orden ambiental que sirven para ilustrar los efectos que pueden generar una determinada obra o actividad y que se refieren a:

- Impacto ambiental, definido como la alteración que se produce en el entorno, ocasionada por la ejecución de un proyecto, obra o actividad.
- Medidas de compensación, que son obras o actividades dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades o regiones por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto, obra o actividad que no pueden ser evitados, corregidos, mitigados o sustituidos.
- Medidas de corrección, que son las acciones dirigidas a recuperar, restaurar o reparar el medio ambiente afectado por la realización del proyecto, obra o actividad.
- Diagnóstico ambiental de alternativas es aquel que contiene la descripción del proyecto, obra o actividad, determinando la información y las características del entorno geográfico, ambiental y social de las alternativas del proyecto y de las posibles soluciones de control y mitigación de cada una de ellas.

Igualmente, en él se debe determinar su compatibilidad con el Plan de Ordenamiento Territorial y la identificación y análisis comparativo de los potenciales riesgos y efectos sobre el medio ambiente, las comunidades y los recursos naturales.

Este diagnóstico de alternativas debe elaborarse con base en los términos de referencia que sean expedidos por el Ministerio del Medio

Ambiente, Vivienda y Desarrollo para cada sector; no obstante, la autoridad ambiental podrá adaptarlos a las particularidades del área de su jurisdicción.

- Medidas de mitigación, que son acciones dirigidas a minimizar los impactos y efectos negativos de un proyecto, obra o actividad sobre el medio ambiente.

Como podemos observar, el objeto específico de la licencia ambiental está orientado al cumplimiento de una serie de requisitos que tiene que ver con la prevención de la vulneración al entorno social, previamente al desarrollo de cualquier actividad, circunstancia esta que nos lleva a inferir que con anterioridad a su otorgamiento se han debido efectuar los respectivos estudios de impacto ambiental, así como los diagnósticos de alternativas ambientales, en los cuales se ha de precisar el impacto que la ejecución de dicha obra o actividad puede generar al medio ambiente y a la comunidad en general, y consecuentemente establecer cuáles son los mecanismos mediante los cuales se va a minimizar ese riesgo social.

También es preciso señalar que la no exigencia de la obtención previa de la licencia ambiental para la ejecución de obras o actividades conlleva necesariamente al desconocimiento de los deberes propios que le corresponde cumplir al servidor público, y que se encuentran señalados en el numeral 1º del artículo 34 del Código Disciplinario Único, ya que se presenta una conducta omisiva, reflejada en la ausencia de exigibilidad de documentación para obtener el cumplimiento de lo señalado en las disposiciones administrativas y hacer que se cumpla con los deberes establecidos por la Constitución y las leyes.

Especial importancia se deriva de esta conducta, debido a que se constituye en una de aquellas que se consideran con el carácter de permanente, por cuanto sus efectos se prolongan durante el tiempo que dure la ejecución del proyecto, obra o actividad, se hace extensivo al funcionamiento y desarrollo de la industria para la cual fue elaborada dicha obra y perdura hasta se cuando subsane el cumplimiento del requisito exigido o se proceda a la demolición de las obras y restauración del entorno cuando no se pueda subsanar dicha irregularidad.

La incursión en esta conducta es considerada como gravísima, debido al interés social que protege y a su incidencia en la comunidad, ya que la ejecución de dichas actividades puede causar grave daño al entorno, a los ecosis-

temas y a los recursos naturales. En tal virtud y como consecuencia de ello, el propio Legislador ha dispuesto que la comisión de la misma genera como consecuencia la destitución del cargo del funcionario renuente a cumplir con la exigencia legal de solicitar la presentación de la respectiva licencia ambiental, que habilita a la persona natural o jurídica a iniciar la correspondiente actividad que genera impacto al medio ambiente.

De otra parte, es necesario señalar que de conformidad con los distintos pronunciamientos de las altas corporaciones de justicia, el derecho disciplinario se ha fundamentado precisamente en el incumplimiento de los deberes que el ordenamiento jurídico les asigna a los funcionarios, el cual puede ser de carácter activo o pasivo, sin que para la aplicación de la sanción sea necesario que se dé un resultado; es decir, se sanciona el incumplimiento o la abstención de realizar determinada conducta, sin perjuicio de las derivadas de la extralimitación de funciones, que se generan cuando el servidor asume el marco de competencia bajo el cual no tiene capacidad legal para actuar.

No obstante, es necesario señalar que también constituye conducta censurable la incursión en el régimen de prohibiciones y la vulneración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades que precisamente consagra este numeral 30 del artículo 48, al señalar las causales que originan los supuestos que dan origen a la calificación de gravísima para esta falta.

El incumplimiento de los deberes propios del cargo, para este caso, se presenta cuando el servidor público permite que se ejecute una obra o actividad sin que el usuario haya obtenido previamente la autorización de la autoridad ambiental competente, siendo que por mandato legal está investido para exigir el cumplimiento pleno de estos requisitos y verificar su realización, sin perjuicio de que dentro de sus atribuciones se encuentre la de expedir la correspondiente licencia ambiental, como ocurre en tratándose de servidores vinculados al Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo; las Corporaciones Autónomas Regionales y los grandes centros urbanos distritales o municipales.

De lo expuesto podemos destacar el imperativo constitucional que asigna al propio Estado el deber de velar porque todos sus habitantes desarrollen sus actividades sin que con ello se genere un menoscabo de su salud e integridad personal, ni al entorno dentro del cual realizan sus labores cotidianas.

De manera taxativa, la ley ha establecido las entidades que tienen la facultad de expedir los correspondientes permisos o licencias así como verificar que

no se deteriore el entorno, dentro de la teoría del desarrollo sostenible, es decir, sin que se agote la base de los recursos naturales renovables, lo que se traduce en que se debe permitir elevar el nivel de la calidad de vida de las personas y el bienestar social, pero sin sobrepasar la capacidad de carga de los ecosistemas que sirven de base biológica y material de la capacidad productiva, de acuerdo con lo preceptuado en instrumentos internacionales recogidos por nuestro estatuto constitucional en el artículo 80, que preceptúa que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Como podemos observar, la exigibilidad de la licencia ambiental para fines contractuales no obedece a un mero capricho de la entidad contratante, sino que es un prerequisite de procedibilidad para evitar el ejercicio y la ejecución de ciertas actividades que pueden causar daño a nuestro entorno.

Es por esta razón que el desarrollo legal de esta norma constitucional guarda perfecta consonancia con el artículo 48 numeral 30 de la ley 734 de 2002, al señalar como falta gravísima del servidor público el omitir la solicitud de la respectiva licencia ambiental, para la tramitación, aprobación, celebración o ejecución del contrato, infringiendo el cumplimiento cabal de sus funciones.

2.- Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 37. Considera como falta gravísima el 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, que originen un riesgo grave para las etnias, los pueblos indígenas, la salud humana o la preservación de ecosistemas naturales o el medio ambiente.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que lo conforman. Tal como lo ha reiterado la Honorable Corte Constitucional, las comunidades constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población o grupo étnico que lo habita permanentemente ocupa territorios

con ecosistemas de excepcionales características o valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante del patrimonio natural y cultural de la Nación.

De esta manera, la población indígena así como los integrantes de los consejos comunitarios en los cuales se organizan las comunidades negras y el entorno natural dentro del cual desarrollan sus actividades se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obviamente implica que dentro del universo que ella comprende y que es consustancial se apliquen y protejan efectivamente los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de estas comunidades.

Por consiguiente, cualquier acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que cumplan funciones de esta naturaleza, que implique violación o amenaza de las normas constitucionales y legales que protegen la diversidad étnica y cultural de estos grupos, configura la transgresión de la norma y genera daño a los derechos de estas comunidades, y en tal virtud hace acreedor al responsable de esta conducta de la correspondiente sanción.

Con esta norma se está garantizando, entre otros, el principio constitucional establecido en el artículo 7º, en el cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana como uno de sus principios fundamentales, en desarrollo del concepto filosófico del Estado social de derecho; además, su finalidad está también orientada a proteger la salud humana, preservar los ecosistemas naturales o el medio ambiente de la violación de normas de orden superior o legal que protegen estos bienes jurídicamente tutelados.

Por ello es necesario precisar y reiterar que la diversidad étnica y cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política, y que por dichas características es que el Estado les otorga esta protección especial, de naturaleza supraconstitucional.

De esta forma, se armonizan los principios universales que tienden a proteger los derechos humanos al consolidarse constitucionalmente la protección de los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran

dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría, pero que tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias, con fundamento en los principios de protección de la dignidad humana, así como en los de pluralismo y protección de las minorías étnicas, tal como en reiterados pronunciamientos lo ha sostenido la Corte Constitucional al referirse al principio de alteridad.

Emitir pronunciamientos de orden administrativo incumpliendo los deberes constitucionales o legales, como por ejemplo cuando se permite la explotación, transporte y conducción de hidrocarburos; la explotación de carbón en cuantía mayor a 800.000 toneladas al año; la construcción de presas, represas o embalses con capacidad mayor a 200 millones de metros cúbicos de agua; los proyectos de explotación y uso de fuentes de energía contaminantes, sin la obtención previa de la correspondiente licencia ambiental, en territorios regularmente ocupados por estas comunidades étnicas, además de contrariar la ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, constituye una seria amenaza para la supervivencia de los integrantes de estas comunidades, más aún cuando se obvia surtir la correspondiente consulta previa.

Es por esta razón que con el fin de proteger a los grupos étnicos de nuestro país, la propia Constitución ha previsto en el parágrafo del artículo 330 que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, e igualmente que en las decisiones que se adopten respecto a dicha explotación el gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades, es decir, que no es una consideración de índole facultativa, sino que es un precepto de carácter impositivo superior que obliga a realizar esta diligencia con la cual se garantiza la participación de los grupos étnicos, que eventualmente pueden sufrir perjuicios por el desarrollo de dichas actividades.

Estas normas cobran gran valor y alta significación para el ordenamiento jurídico si se tiene en cuenta que su fundamento, además de constitucional, sobrepasa las barreras de nuestro ordenamiento jurídico, debido a que se encuentran respaldadas por normas de orden internacional, tales como el Convenio 169 de 1989 proferido por la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado por medio de la ley 21 de 1991, ley que de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política es de aplicación prevalente en el orden interno, y que dispone, entre otros aspectos, que *“los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen los estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de*

evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

La conducta descrita en este numeral es de carácter activo y se consuma con la expedición de un acto que desconoce el ordenamiento jurídico, causando daño a los grupos étnicos o a los ecosistemas, conllevando a que el servidor público que lo profiere incurra dentro de la causal prevista por el artículo 6° constitucional, que señala que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley.

En este aspecto de protección ambiental con incidencia en la diversidad étnica y cultural, también es preciso tener en cuenta el numeral 2° del artículo 15 de la ley 21 de 1991, que establece que *“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de recursos existentes en sus tierras”.*

Como se puede observar, no es una tarea facultativa del servidor público el entrar a respetar la diversidad étnica y cultural de la Nación, sino que se trata de un imperativo legal, de estricto cumplimiento, de exigencia inmediata y previa a la realización de cualquier tipo de actividad que tienda a perjudicar o amenace siquiera la existencia de estos grupos étnicos que forman parte de la identidad propia de nuestra Nación.

De otra parte, es preciso señalar que mediante la ley 70 de 1993, por la cual se desarrolló el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta protección especial a los grupos indígenas se extendió a las comunidades afrocolombianas, al señalarse en el artículo 17 que a partir de la vigencia de dicha ley y hasta tanto se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos que la misma ley establece, no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad, ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ellas recursos naturales, sin el concepto previo de una comisión interinstitucional conformada, entre otras entidades, por la autoridad ambiental con jurisdicción en dicho territorio.

De igual forma, el artículo 44 de la ley 70 de 1993 establece que como mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretenda adelantar en sus territorios.

Esta disposición es reafirmada por el artículo 5 del Decreto 1320 de 1998, que establece que la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y negras, de acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Nacional, la ley 70 de 1993 y que las decisiones sobre la materia se tomarán previa consulta a los representantes de tales comunidades.

Como se puede observar, estas normas están orientadas específicamente a la protección del medio ambiente, de la diversidad étnica y cultural de nuestra nación, así como a la preservación de los territorios ancestrales de las comunidades étnicas, en los cuales desarrollan sus usos, costumbres y tradiciones, imponiéndole al servidor público que tiene que adoptar una decisión frente a estas comunidades y sus territorios, una conducta especial que consiste en abstenerse de proferir actos administrativos que lesionen o tiendan a lesionar a estos grupos étnicos, sus territorios, los ecosistemas, la salud humana y el medio ambiente.

Igualmente, incurre en esta conducta el servidor público que autoriza la realización de actividades, obras o proyectos en cuyo desarrollo se pueda generar daño a la salud humana, como por ejemplo cuando se autoriza la disposición y eliminación de residuos sólidos, hospitalarios, tóxicos o de cualquier otra naturaleza, en lugares no adecuados y sin que se exija previamente el permiso, licencia o concesión que habilite su realización, o cuando se permite el desarrollo de actividades que generan contaminación auditiva, visual o daño a los recursos hídricos, porque con ello se atenta contra la salud; por ello se sostiene que esta norma está orientada a la protección integral de uno de los derechos fundamentales consagrados en el estatuto superior, como es el derecho a la salud, que se encuentra debidamente consagrado en los artículos 44 y 49 constitucionales, con lo cual se reafirma la intención del constituyente de proteger el medio ambiente como elemento esencial de la subsistencia de la especie humana.

Adicionalmente, si observamos el numeral 5° del artículo 48 de la Ley 734, podemos establecer que también se encuentra tipificada como conducta gravísima la realización de ciertos actos que tiendan a destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social.

Pero ¿qué es la consulta previa? Según el decreto 1320 de 1998 la consulta previa es aquella actuación que tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.

Por ello, el artículo 5º del decreto 1320 de 1998 señala que el responsable del proyecto, obra o actividad es quien debe realizar consulta previa y elaborar los estudios ambientales con la participación de los representantes de dichas comunidades.

Entonces, para este caso especial debe tenerse en cuenta, por parte del servidor público competente para expedir el acto administrativo, que efectivamente se haya garantizado y materializado la participación de los representantes legales de estas comunidades, a fin de poder emitir la decisión mediante la cual se entra a definir la viabilidad de otorgar el correspondiente permiso, licencia o concesión de la obra o actividad a ejecutar.

La Constitución de 1991, en aras de garantizar la protección de todos estos intereses jurídicamente tutelados, posee un amplio y significativo contenido ambientalista en el cual se refleja la preocupación que motivó al constituyente para regular, desde el estatuto superior, lo correspondiente a la preservación y conservación de los recursos naturales renovables y no renovables de nuestro país, y ello lo vemos reflejado en más de cuarenta (40) preceptos constitucionales que tienen este alcance, por lo cual se puede afirmar el interés en la defensa de estos bienes y riquezas naturales, para que puedan ser utilizados desde el marco del desarrollo sostenible.

Como quiera que esta tarea de protección corresponde al Estado, por conducto de sus autoridades ambientales y administrativas, tiene como fin garantizar la subsistencia de sus asociados, el Estatuto Disciplinario contenido en la ley 734 de 2002 ha recogido textual e integralmente el deber que le atañe a cada uno de los servidores que deben emitir pronunciamientos sobre estos recursos para disuadirlos de efectuar ciertas conductas que pueden conllevar a la destitución del cargo, teniendo en cuenta que el interés jurídico protegido no es de carácter individual ni patrimonial, sino que se proyecta a toda la comunidad como un derecho de los denominados de tercera generación y que tiende, entre otros aspectos, a lograr que la persona realice sus actividades dentro de unas condiciones ambientalmente sostenibles.

Para nadie es ajeno que el propio ordenamiento jurídico ha hecho extensivas varias herramientas judiciales con las cuales las autoridades judiciales y administrativas deben adoptar e implementar decisiones a corto plazo, tal como ocurre con las acciones populares, de cumplimiento y de grupo.

Adicionalmente, es necesario destacar que no obstante la acción de tutela ha sido consagrada para proteger los derechos fundamentales de carácter individual, la propia Corte Constitucional ha señalado que esta procede cuando se trata de la vulneración o amenaza de un derecho relacionado con el medio ambiente, pues en estos casos estamos en presencia de una conexidad de los derechos colectivos y fundamentales vulnerados en la que prevalece la acción de tutela sobre otras acciones, como la popular, para proteger eficazmente los derechos amenazados.

3.- Ley 734 de 2002, numeral 38. Esta norma consagra como falta gravísima, que consecuencialmente puede acarrear la destitución del cargo, “el omitir o retardar injustificadamente el ejercicio de las funciones propias del cargo, permitiendo que se origine un riesgo grave o un deterioro de la salud humana, el medio ambiente o los recursos naturales”.

Teniendo en cuenta la estructura de la falta disciplinaria, la nueva ley disciplinaria reproduce con amplias modificaciones los deberes asignados a los funcionarios públicos de que trataba la ley 200 de 1995 y adiciona una serie de conductas que se exigen del servidor público en procura de defender intereses sociales y de utilidad pública como son, entre otros, las obligaciones de ser eficaz y eficiente en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, ya que se ha considerado que esa omisión equivale a ejecutar la conducta que causa el daño.

Si analizamos el artículo 5º de la ley 734 de 2002, observamos que este permea la interpretación de las demás normas, como consecuencia de que el servidor público ha incumplido con el deber legalmente asignado, es decir, el quebrantamiento formal de ese deber origina la deducción de responsabilidad disciplinaria.

La norma exige al servidor público un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones y como quiera que las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes, para lograr el cumplimiento de los fines y cometidos del Estado, el objeto de protección es sin lugar a dudas obtener el estricto cumplimiento del deber funcional.

El incumplimiento de ese deber funcional orienta la determinación del reproche disciplinario, es decir, el atentar contra el buen funcionamiento de las actividades que competen al Estado y por ende contra sus fines, es lo que da origen a que se sancione la conducta de ese servidor.

Como podemos observar, esta disposición también guarda estrecha armonía con el artículo 6º constitucional, que establece que los servidores públicos son responsables ante las autoridades, entre otras causas, por omitir el ejercicio propio de sus funciones, y con el numeral 1º del artículo 34 de la ley 734, que señala como deberes de todo servidor público el cumplir con diligencia y eficiencia el servicio que le sea encomendado, absteniéndose de cualquier acto u omisión que pueda causar la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial.

Tal como se ha venido considerando en distintos pronunciamientos en especial en el relacionado con la estructura de la falta disciplinaria, se ha considerado que nuestro estatuto acoge como hecho constitutivo de falta la incursión en cualquiera de las conductas que conlleven al incumplimiento de los deberes, y para este caso en especial, podemos señalar que la conducta se presenta a título omisivo o de morosidad, como consecuencia de no cumplir oportunamente la labor que le ha sido encomendada, teniendo la obligación jurídica de realizarla.

De esta forma el servidor incurre en la denominada comisión por omisión, en donde se ha considerado como hecho constitutivo de la falta disciplinaria la incursión en cualquiera de las conductas que conlleven al incumplimiento de los deberes, y para este caso en especial, podemos señalar que la conducta se presenta a título omisivo o de morosidad como consecuencia de no cumplir oportunamente la labor que le ha sido encomendada, incurriéndose en la conducta descrita en el artículo 27 inciso 2º de la ley 734 de 2002, que se concreta de manera objetiva en el siguiente precepto: “cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”.

A este respecto, es preciso señalar que la Corte Constitucional ha considerado que gran parte de los cometidos del Estado Social de Derecho debe ser realizada por la Administración, la cual funda su eficiencia y eficacia en cuanto los pueda traducir en hechos y obras concretos, puesto que en el Estado Social de Derecho la Administración 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

básicas de esta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone.

Esta circunstancia impone la necesidad de que las funciones de los servidores de la Administración se adecuen a lo señalado en el artículo 209 constitucional, que establece que la función administrativa está al servicio de los intereses de la comunidad y se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y eficiencia, entre otros, para así asegurar el adecuado manejo de los servicios estatales, la preservación del patrimonio público y el respeto de la Administración para ganar legitimidad frente a la comunidad.

Es preciso destacar que los bienes jurídicos objeto de protección son la salud humana, el medio ambiente y los recursos naturales, reiterando al servidor la necesidad de cumplir las funciones a su cargo, para su adecuada protección. Por ello, en diferentes estatutos se ha asignado a las autoridades nacionales, departamentales y municipales, tanto civiles como de policía, que tan pronto una empresa de servicios públicos lo solicite, deberán prestarle toda la colaboración y apoyo para hacer que se le restituyan los bienes que los particulares hayan ocupado y perturben el normal servicio, o para que cesen los actos que violen o amenacen violar estos derechos, concediéndoles a dichas autoridades la facultad de ordenar el retiro de los ocupantes, o el cese de la perturbación o amenaza, pudiendo imponer sanciones de tipo pecuniario.

Las sanciones señaladas en el numeral 38 del artículo 48 de la Ley 734 son de aplicación restrictiva contra los servidores que tienen a su cargo la obligación de exigir el cumplimiento de las normas a las personas jurídicas o naturales que puedan generar impacto negativo a los bienes protegidos descritos en este numeral, con objeto de evitar que se pueda originar su vulneración.

En este caso se predica la realización de una conducta eminentemente negligente, omisiva o morosa que, como consecuencia de su ocurrencia genera graves perjuicios a la salud, los ecosistemas y los recursos naturales, como por ejemplo cuando se permite la realización de actividades industriales que utilizan productos químicos que contaminan los recursos hídricos, o cuando no se toman medidas para frenar la inadecuada disposición de residuos, o la inadecuada explotación de recursos naturales, o cuando no se profiere un acto que suspenda las actividades que puedan generar daño a estos bienes jurídicamente protegidos.

Como podemos observar, estas sanciones son totalmente diferentes de las que se encuentran previstas en la legislación ambiental, que les atribuyen al Ministerio del Medio Ambiente, a las Corporaciones Autónomas Regionales, a los Departamentos, Municipios y Distritos con régimen constitucional especial, las funciones policivas de orden preventivo, para que puedan imponer y ejecutar las medidas de policía, multas o sanciones, conforme a lo previsto por el artículo 85 de la ley 99 de 1993, es decir, las medidas que deben ser aplicadas contra las personas naturales y jurídicas que vulneran y desconocen la constitución y la ley, frente a las obligaciones de carácter ambiental.

La omisión o retardo de las funciones propias del cargo que generan el daño al interés colectivo protegido desconoce abiertamente el deber funcional que le asiste a ese servidor, de conformidad con lo señalado por el artículo 34 numeral 1°, de la ley 734, que establece los deberes de los servidores públicos.

Para efectos de la calificación de las conductas descritas ha de tenerse en cuenta la voluntad que precedió a producir ese resultado lesivo y ello ha de repercutir en la dosimetría de la sanción y su consiguiente inhabilidad, asignándole a su actuación el carácter de doloso, debido a que el servidor tenía pleno conocimiento de la existencia de las normas legales que protegen esos derechos, dada su formación académica y su obligación de actualizarse permanentemente en el área donde desempeña su función, conforme al numeral 40 del artículo 34 de la ley 734, y a pesar de ello no les dio aplicación, incumpliendo conscientemente sus deberes.

La sanción de destitución al servidor público infractor tiene plena justificación, precisamente por el daño social que su descuido genera en la colectividad, y que se traduce en mayores costos a cargo del Estado para contrarrestar los daños causados, como por ejemplo en el caso que se deban realizar tratamientos médicos cuando se ha originado un deterioro a la salud humana; o las medidas de recuperación, compensación o mitigación, cuando se han afectado el entorno y los recursos naturales.

Pero ocurre que estas conductas omisivas o negligentes pueden acarrear un daño de mayor entidad, como por ejemplo, cuando como consecuencia de esa actitud negligente se genera contaminación, con la consiguiente aparición de roedores y vectores, cuya erradicación puede conducir en ciertos casos a que la Administración se vea obligada a decretar medidas de alta trascendencia social y económica, como en el caso de la emergencia sanitaria.

Las anteriores conductas se consideran gravísimas, porque cuando ellas se presentan, se realiza objetivamente la descripción típica que consagra la ley, generada en omisiones que le son inherentes al desempeño del cargo, desconociendo de esta forma el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

En conclusión, las sanciones de las conductas que atentan contra los derechos humanos, la salud, la diversidad étnica y cultural, el medio ambiente y la protección de los ecosistemas están fundamentadas no solo en normas de origen interno, sino en instrumentos de orden internacional, tales como los Convenios de la OIT y otros de naturaleza análoga, que propenden a su protección.

Relaciones especiales de sujeción en el régimen disciplinario aplicable a las personas privadas de la libertad

Por MARTHA LUCÍA BUSTAMANTE SIERRA, CLAUDIA PATRICIA VALLEJO
AVENDAÑO, BEATRIZ ELENA GARCÍA ESTRADA, ROCÍO AMPARO ARTEAGA
VILLA Y FAUSTINO ÁLVAREZ ESQUEA¹

Introducción

El Estado como manifestación soberana de la voluntad popular tiene la potestad y obligación de velar por el mantenimiento de las condiciones democráticas que garanticen el normal desarrollo social de la Nación. En ese orden de ideas, se establece el derecho sancionatorio, con el fin de controlar los hechos que pongan en peligro el statu quo del Estado, en un profundo respeto de los derechos de orden constitucional y legal que asisten a las personas destinatarias del mismo.

Como consecuencia de ese desarrollo soberano el Estado impone a sus asociados declarados como responsables penalmente sanciones de orden personal que incluyen, entre otras, la privación de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios; y una vez allí las personas destinatarias de di-

¹ Servidores de la Procuraduría General de la Nación. Profesionales Especialistas en Derecho Disciplinario.

chas sanciones, se encuentran bajo un esquema de disciplina que les exige de una manera absoluta sujetarse a él en el ánimo de garantizar su propio bienestar carcelario y a la vez alcanzar uno de los propósitos y fines de la sanción penal cual es la efectiva resocialización y readaptación al Estado del cual hacen parte, a partir del establecimiento de ciertos parámetros de conducta propios de la convivencia penitenciaria.

Ahora, en el ejercicio del proceso de resocialización, el Estado posee la facultad de establecer marcos legales que garanticen el adecuado comportamiento de las personas, mientras tengan la obligación de estar retenidas en establecimientos carcelarios; y es precisamente allí donde encuentra asidero la sanción disciplinaria especial establecida para los mismos.

Dicho poder sancionatorio debe estar cobijado por el manto constitucional que le permita respetar los derechos fundamentales del procesado, en este caso el interno, y por lo tanto, dicha investigación debe incorporar en sí misma el postulado del debido proceso y los principios que la orientan, particularmente los de legalidad, taxatividad, culpabilidad y antijuridicidad, principios sobre los cuales se inicia y basa nuestra propuesta.

De otro lado, en el tránsito de las sanciones impuestas a las personas reclusas en centros penitenciarios o carcelarios, estas se hallan sometidas a un régimen que restringe de manera rigurosa la libertad en el ámbito físico; sin embargo, ese régimen no puede restringir las demás libertades y derechos de los internos en un grado superior al que autorizan la Constitución, los tratados internacionales y la ley. No obstante ello, resulta claro que para el ejercicio de los derechos humanos los internos están sometidos, por regla general, a los límites aplicables a todos los integrantes del colectivo social. El primer límite está señalado por la obligación de respetar los derechos ajenos, lo que significa que tiene el deber de no impedir u obstaculizar a otros el legítimo ejercicio de sus derechos, lo cual supone la obligación de abstenerse de amenazar o vulnerar los derechos de los demás internos.

De otro lado, un segundo límite de sus derechos está determinado por aquellos elementos que dan contenido a las particulares condiciones de disciplina existentes dentro de los centros de reclusión y a los cuales, por su condición de internos, quedan sujetos a su imperativo cumplimiento quienes permanezcan privados de la libertad.

Derivado de lo anterior nos surge uno de los interrogantes que gobierna y motiva nuestro ensayo y es precisamente el que hace referencia al trata-

miento en el derecho disciplinario de los internos en establecimientos carcelarios. Este tópico no es fácil de responder, por cuanto es un tema que toca muchas aristas y más que una respuesta concreta; lo que surgen son nuevos interrogantes, los que conducen a un sinnúmero de inquietudes que dimensionan aún más el asunto.

En el desarrollo del contenido de este ensayo, pretendemos en una forma coherente y ordenada, como debe ser y el asunto lo amerita, abordar el tema con rigor metodológico y jurídico desde una perspectiva inicialmente basada en el bloque de constitucionalidad y luego en el desarrollo legal que sobre la materia hay, con lo que tratamos de acercarnos al núcleo de la problemática, sin ninguna pretensión de agotar el tema.

En otro acápite estudiaremos hasta dónde las relaciones especiales de sujeción, que suponen el sometimiento de las personas reclusas en un establecimiento penitenciario y carcelario a la potestad de la Administración, manifestada en el poder disciplinario, justifican la afectación de ciertos derechos fundamentales de los internos, a partir del examen que de dicha situación ha venido haciendo la Corte Constitucional colombiana, con ocasión de los fallos de tutela que ha revisado.

Adicionalmente, tenemos por objeto analizar desde una perspectiva constitucional y legal si las relaciones entre el Estado (sistema carcelario) y los internos, derivadas del cumplimiento de una sanción penal –pena–, generan a los últimos una sujeción especial en las cárceles y penitenciarías que permita en últimas lograr los fines de la pena.

Todo lo anterior, para finalizar con el desarrollo de una ponencia que contenga los elementos suficientes de evaluación para generar una propuesta que acerque el establecimiento del derecho disciplinario carcelario y penitenciario a la normativa existente tanto desde el orden constitucional como legal.

1. Relaciones especiales de sujeción en el Sistema Penitenciario y Carcelario

El Estado es una organización compleja, integrada por elementos jurídicos, políticos y sociales que buscan garantizar y promover los derechos fundamentales de sus asociados como la vida, la salud, el trabajo, brindar seguridad jurídica, buscar el desarrollo económico y la prosperidad individual y colectiva y preservar la misma organización, conservando el orden jurídico

y social imperante, y para lograrlo el Estado y la sociedad cuentan con mecanismos de control social institucionalizados.

Como parte de los mecanismos de control social institucionalizados surge el derecho penal; pero no es el único instrumento ni el más importante de control social, es parte de un sistema de controles sociales públicos y privados que tiene como función la educación y socialización del individuo.

La Corte Constitucional en este sentido expresó: “No puede perderse de vista que el hombre, como ser sociable, va siendo sometido a lo largo de su existencia a distintas formas de restricciones, límites y condiciones, de tal modo que su comportamiento siempre tendrá que confrontarse con el medio social al cual pertenece y deberá contar con las imposiciones que de él provienen. En los diversos grupos humanos (escuela, colegio, universidad, trabajo), en la sociedad en general y, por supuesto, frente al Estado, la persona está obligada por unas determinadas reglas cuya observancia se le exige, en el sentido de que si no aviene a ellas, deberá soportar las consecuencias negativas –sanciones–, aplicables a partir de su comportamiento”. Sentencia C-371 de 1994.

La Carta Política de 1991 establece en su artículo 1, en el preámbulo y su título I que *Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho*; esto está lleno de contenido y constituye las bases filosóficas, jurídicas y políticas del orden estatal y del ejercicio de los poderes del Estado. Así mismo, se determina la relación Estado-individuo-sociedad y su soporte es el respeto por la dignidad humana. Esto conlleva, según lo ha señalado la Corte Constitucional, a que se le impone al Estado la obligación negativa de no lesionar la esfera individual y la obligación positiva de contribuir al logro efectivo de los derechos fundamentales del individuo; es decir, el deber de crear y mantener las condiciones de vida digna de los seres humanos. Cfr. Sentencias T-571 y T-596 de 1992.

El Estado al utilizar el derecho penal como mecanismo de control social está ejerciendo una potestad delegada a él, que conlleva la creación de la norma penal y la imposición concreta de la sanción penal al procesado y su ejecución. Esta potestad no es ilimitada. Deberá el Estado a través del legislador actuar bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y el ejecutivo, a través de la administración de justicia sólo podrá aplicar y ejecutar el derecho penal bajo la apariencia del uso racional, razonable y proporcionado del poder punitivo.

Sobre el tema expresa Ferrajoli: el problema de la legitimación o justificación del derecho penal, consiguientemente, plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del Estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar, que puede llegar hasta el *ius vital ac necis*, la manifestación más violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales de los ciudadanos y en mayor medida susceptible de degenerar en arbitrariedad².

Con respecto a los fines de la pena se ha escrito mucho, intentando justificar racionalmente su utilización, hay principalmente tres corrientes, las teorías absolutas o retributivas, las teorías relativas o utilitaristas y las teorías mixtas. Pues bien, para nuestro ensayo es de importancia saber qué línea se ha adoptado por la legislación colombiana y por la Corte Constitucional.

El art. 12 del Código Penal de 1980 y el Art. 17 del Código Penal Militar señalan: “la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora”; y la Ley 65 de 1993, Art. 9: “la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización”. Y el Art. 10 establece que “el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de su disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y recreación, bajo un espíritu humano y solidario”.

Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972, en el Art. 5.6 establece que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Según doctrinantes, el sistema colombiano se ubica en las teorías mixtas. Sobre el Art. 12 del Código Penal de 1980 y el Art. 17 del Código Penal Militar expresan: “parecen adoptar una posición ecléctica, no indicar la prevalencia de un fin concreto durante las etapas de conminación e imposición de la pena, desconociendo de esta forma las antinomias propias de los fines de la pena”; y la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972, Art. 5.6, y La ley 65 de 1993, Arts. 9 y 10 “se inclinan por una posición mixta con prevalencia de una concepción preventiva especial positiva en la etapa de ejecución, al indicar que el fin fundamental es la resocialización”. Agregan que en el Nuevo Código Penal de 2000 se

² Ferrajoli. Derecho y razón. Op. cit., p. 209 y ss.

acoge la misma fórmula mixta, con la diferencia de que se señala expresamente que en la fase de la ejecución de la sanción opera de forma exclusiva el fin preventivo especial³.

La Corte Constitucional en los 15 años de desarrollo jurisprudencial ha sido ambivalente y se ha enmarcado en las doctrinas mixtas que justifican la pena. Sentencias T-596 de 1992, C-565 de 1993, C-038 de 1995, T-065 de 1995, 026 de 1995, C-261 de 1996, C-549 de 1997.

De acuerdo con la Ley 65 de 1993, el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de su disciplina, pues los internos están sometidos a lograr uno de los fines de la pena si se comportan en el marco de la disciplina, que según el Diccionario de la Real Academia Española, en una de sus acepciones dice: “3. Especialmente en la milicia y en los estados eclesiásticos secular y regular, observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto. Disciplinario por su parte significa: 2. Que establece subordinación y sujeción a determinadas reglas. 3. Dicho de una pena: que se impone por vía de corrección”⁴.

2. De las relaciones especiales de sujeción en el ámbito de los centros carcelarios y penitenciarios: origen y evolución

Según lo señala el tratadista Mario Roberto Molano López en *Las relaciones de sujeción especial en el Estado Social*, en la segunda década del siglo XIX, con el Acta de Viena de 1814, el constitucionalismo monárquico alemán se fundó a partir de dos grandes poderes políticos reales: el del Parlamento y el del Monarca.

El primero, en virtud de la potestad de dictar las leyes, a través de la expedición de la ley material —aquellas que tenían el carácter de generalidad— regulaba todo lo concerniente a los derechos del individuo y de la sociedad que representaba, es decir, reglamentaba las relaciones de carácter general generadas entre el Estado y sus habitantes y de estos entre sí.

A su turno, la competencia del monarca, titular de las potestades administrativas, se circunscribía a la regulación, a través de normas que no tenían el carácter de materiales, de las relaciones internas del Estado, es decir, las que

³ Ricardo Posada Maya y Hárold Hernández. El sistema de Individualización de la Pena en el Derecho Penal Colombiano, p. 86 y ss.

⁴ Diccionario de la Real Academia Española, Espasa Calpe. T. 4.

surgían en el ámbito doméstico, entre ellas los servicios que estaban a cargo de la Administración, caso concreto el colectivo de los presos.

Los presos, en consecuencia, además de encontrarse sometidos a unas relaciones generales de sujeción —en la medida en que eran destinatarios de las leyes dictadas por el parlamento—, lo estaban a las relaciones especiales de sujeción, en tanto que las normas expedidas por el ejecutivo sólo eran vinculantes para ellos por hacer parte de un colectivo especial dentro de la Administración, que les otorgaba un estatus especial, esto es, estaban avocados a un sometimiento general y a uno especial. Este último engendraba para ellos, en el centro penitenciario, unas obligaciones concretas, las que en el evento de incumplir les acarrearían unas sanciones paralelas e independientes a la pena que se hallaban descontando, por la inobservancia de los mandatos contenidos en la ley material que, se reitera, regían las relaciones Estado-ciudadano.

En este orden de ideas, pese a que el monarca limitaba e incluso desconocía por completo los derechos fundamentales de los presos, como el derecho a la intimidad (control de cartas), los reglamentos contentivos de la regulación de prisiones no se encontraban habilitados por ley (material) alguna. El ejecutivo discrecionalmente regulaba el asunto. Por ejemplo, en 1961, el reglamento de prisiones del Estado de Baden-Wurtemberg fue elaborado e impreso en un establecimiento penitenciario y luego enviado a los demás por el Ministerio de Justicia, según lo cita RICARDO GARCÍA MACHO en su libro *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española* p. 68.

Según este autor, entre los colectivos a los que se les aplicaba las relaciones especiales de sujeción, la doctrina cita cuatro, entre los cuales se encuentran los presos. Al respecto ha dicho: *“El sometimiento mayor en las relaciones de especial sujeción se produce con los presos, que son excluidos de la comunidad jurídica y como ciudadanos perdían prácticamente sus derechos. Los primeros centros correccionales, sin embargo, más que preocuparse de la privación de la libertad, tenían como objetivo la educación y mejora personal de los allí reclusos, entre los cuales se encontraban mendigos y vagabundos. Posteriormente, este tipo de centros degenera en la época del Estado-policía. Los centros penitenciarios tienen una función preventiva y entonces se preocupan más de garantizar la seguridad de la comunidad que de la mejora personal del recluso. Se clasifican los centros dependiendo de la peligrosidad de aquel, y solamente se obtiene la libertad si se demuestra fehacientemente una mejora sustancial en la conducta.*

Durante la época liberal se hace estrictamente hincapié en el sistema de aislamiento del recluso sin consideración de las posibles mejoras o cambios en la conducta; se produce, por tanto, una separación entre legalidad y moralidad. El Estado no tiene que preocuparse de la recuperación moral, sino únicamente de reprimir las conductas delictivas. Le interesan las conductas pasadas, no las futuras. En este contexto, los derechos del preso dentro del recinto penitenciario son inexistentes, no cabe protección de este frente a una potestad disciplinaria arbitraria y el Derecho no ofrece garantías en esta esfera si se producen infracciones por los poderes fácticos. El preso se encuentra en una relación en la cual no tiene más que obligaciones y, por ello, no se puede infringir sus derechos. Sencillamente no los tiene". (pp. 53-54).

La cuestión se mantuvo en ese estado hasta la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán del 14 de marzo de 1972, en la que se separa radicalmente de la tesis vigente hasta ese momento y aplica estrictamente el principio de legalidad en lo atinente al régimen penitenciario, con el argumento de que los derechos fundamentales de los presos solo pueden ser restringidos o por la ley o con fundamento en una ley. Es decir, reconoce a los presos derechos fundamentales, aunque con limitaciones. Para ese momento no existía una ley que se ocupara del tema ni directa ni indirectamente, pues esa esfera era considerada como la zona del "no derecho", era un campo completamente ajeno al control jurídico, como quiera que el ejecutivo gozaba de absoluta discrecionalidad para regular el asunto.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional rompió con la tradición de reconocimiento de las relaciones especiales de sujeción en el ámbito del colectivo de presos. Sin embargo, desde la Constitución de 1949, se había producido esta fractura que llevó a considerar las relaciones especiales de sujeción como una relación jurídica con plena validez de los principios del Estado de Derecho, democrático y cláusula social.

Señala GARCÍA MACHO que por unanimidad la doctrina ha considerado que a partir de la citada sentencia, la reserva de ley, los derechos fundamentales y la protección de los tribunales están garantizados en el ámbito de las relaciones de especial sujeción.

M. RONELLENFITSCH, citado por GARCÍA MACHO, sostiene que actualmente las relaciones de especial sujeción siguen existiendo, pero en el ámbito administrativo, a lo cual otra doctrina responde que los estatus especiales tienen una categoría constitucional.

El mandato judicial de ejecución de la pena privativa de la libertad determina que entre la Administración y el sindicado o condenado exista una relación especial de sujeción, es decir, unas relaciones internas o domésticas que le permiten a la primera regular todo lo que es la ejecución de esa pena, pero ya no a espaldas del derecho, aunque sí con un principio de legalidad debilitado, en la medida en que en el campo de la ejecución de la pena, este no tiene la misma intensidad que tiene en el derecho penal sustantivo, y ciertos derechos fundamentales del colectivo de presos pueden verse reducidos con respecto a los de la sociedad libre.

El hecho de que una persona sea condenada a una pena privativa de la libertad conlleva su integración a una institución preexistente que ejerce su autoridad sobre ella. Ese ingreso al centro penitenciario le confiere un estatus especial; por tanto, se ve sujeto a un poder público diferente al que, con carácter general, está sometido el común de los ciudadanos. Ese estatus, pues, lo somete a una relación de sujeción, también especial, en la que la reserva de ley se ve relativizada toda vez que la potestad reglamentaria en dicho ámbito es insuprimible, en la medida en que corresponde al ejecutivo la concreción en detalle de las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas antijurídicas que pudieren producirse en el establecimiento.

Dicha relación de sujeción especial permite que los derechos constitucionales de la comunidad carcelaria puedan ser objeto de limitaciones que no podrían presentarse respecto de los ciudadanos comunes. Sin embargo, dicha restricción no puede ser la norma general, sino la excepción, en atención al carácter de fundamentales de dichos derechos. En consecuencia, no se trata de una potestad discrecional de la Administración; la misma habrá de ser justificada, necesaria y proporcional con el fin perseguido, esto es, la seguridad y el buen orden en el centro carcelario, el cual compete a la administración penitenciaria en la medida en que la retención y custodia de los internos le corresponde solo a esta.

Las relaciones especiales de sujeción subyacen en el ordenamiento jurídico; ello en virtud de que solo con fundamento en ellas se explica, entre otras cosas, la potestad sancionadora que el Estado ejerce sobre ciertos colectivos, tales como los servidores públicos, los particulares que cumplen función pública, los discentes y los reclusos. Se evidencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la que de manera recurrente, en múltiples sentencias de revisión de tutela, propuestas por miembros de la población penitenciaria y carcelaria, ha considerado vulnerados sus derechos, reconociendo no solo la existencia de estas relaciones, sino también sus efectos sobre esta comu-

nidad. También en algunas sentencias de constitucionalidad (cfr. C-394 de 1995, T-424 de 1992, T-596 de 1992, T-706 de 1992, T-702 de 2001, T-1301 de 2001, T-1108 de 2002, T-490 de 2004, T-639 de 2004, T-743 de 2005).

3. Derecho disciplinario aplicable a los internos: un especial régimen jurídico

Marco internacional de la Ley 65 de 1993

El régimen penitenciario y carcelario, acogido mediante la Ley 65 del 19 de agosto de 1993, en su Título I, “Contenido y Principios Rectores”, en su artículo primero establece el ámbito de aplicación señalando que el Código Penitenciario y Carcelario “regula el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y de las medidas de seguridad”. Del artículo anterior se infiere que este Código reglamenta fundamentalmente la situación de aquellas personas que por mandamiento judicial se encuentran privadas de ciertos derechos fundamentales por su presunta participación en un hecho delictivo.

Por lo anteriormente expuesto, este ordenamiento jurídico establece una serie de principios rectores que desarrollan de manera directa los derechos fundamentales contenidos en el Título II de los Derechos, Garantías y los Deberes, Capítulo I, “De los Derechos Fundamentales de la Constitución Política de Colombia”, para poder garantizar el respeto a la dignidad humana de esta población vulnerable, razón de ser de nuestro ordenamiento jurídico y constitucional, tal como se deduce del artículo primero de la Carta Fundamental.

El Estado colombiano, como alta parte contratante de los Pactos de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, adquiere la obligación de cumplirlos y prevenir cualquier violación de los mismos, en virtud de haberse comprometido internacionalmente, mediante la expedición de la Ley 74 de 1968, aprobatoria de los tratados internacionales y entrados en vigor el 23 de marzo de 1976 y 30 de octubre de 1976 respectivamente.

Al respecto, el Artículo 2 de los dos Pactos Internacionales de 1966 establece lo siguiente:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el

presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De esta misma forma, el Estado colombiano, al hacer parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se compromete en la Declaración de Bogotá, en el Artículo 2 del Instrumento, a:

“... realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas”.

En el marco jurídico de protección para las personas privadas de la libertad, de igual manera los instrumentos internacionales establecen:

- **Declaración Universal de Derechos Humanos:** Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos:** Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. 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, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Artículo 24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.
- **Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.** (Aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 31 de julio de 1957 – Resolución 663 C I, por recomendación del Primer Congreso). 29. La ley o el reglamento dictado por autoridad administrativa competente determinará en cada caso: a) La conducta que constituye una infracción disciplinaria; b) El carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se puedan aplicar; c)Cuál ha de ser la autoridad competente para pronunciar esas sanciones.
- 1) Un recluso sólo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción. 2) Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso. 3) En la medida en que sea necesario y viable, se permitirá al recluso que presente su defensa por medio de un intérprete.
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.
- Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.
- **Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión:** Principio 30. 1. Los tipos de conducta de la persona detenida o presa que constituyan infracciones disciplinarias durante la detención o la prisión, la descripción y duración de las sanciones disciplinarias que puedan aplicarse y las autoridades competentes para aplicar dichas sanciones se determinarán por ley o por reglamentos dictados conforme a derecho y debidamente

publicados. 2. La persona detenida o presa tendrá derecho a ser oída antes de que se tomen medidas disciplinarias. Tendrá derecho a someter tales medidas a autoridades superiores para su examen.

De los ordenamientos internacionales hasta aquí referidos, podemos concluir que el Estado colombiano tiene la obligación de promover, salvaguardar, promocionar y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales y para ello es menester adoptar los mecanismos dentro de la legislación interna que hagan efectivas dichas obligaciones y es como consecuencia lógica del principio de la coherencia, que el legislador colombiano expide el Código Penitenciario y Carcelario, de un lado para garantizar los derechos humanos a esta población y de otro lado satisfacer los requerimientos internacionales y el fundamento Constitucional del Debido Proceso, según lo preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana. Así pues, los principios rectores esbozados entre los artículos 2 al 13 de la Ley 65 de 1993 recogen las garantías consagradas en las normas internacionales.

4. Régimen interno

El Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) en el Título XI prescribe que será el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– la autoridad competente para expedir el reglamento general al cual se sujetarán los respectivos reglamentos internos de los diferentes establecimientos de reclusión.

El Artículo 116 *ibídem* le otorga de manera exclusiva al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la potestad de expedir el Reglamento Disciplinario al cual se sujetarán los internos de los establecimientos de reclusión de acuerdo con lo establecido en el Código Penitenciario, de esta manera el mismo estatuto establece el sometimiento de los internos a las reglas particulares y a las de su clasificación.

La facultad que otorgó el legislador al INPEC para que expidiera el reglamento disciplinario se concreta en la Resolución 5817 de 1994, por medio de la cual se dictó el “REGLAMENTO DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO APLICABLE AL PERSONAL DE INTERNOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN”, acto administrativo que contempla los principios rectores de la actuación disciplinaria, adecuando además la clasificación de las faltas, de acuerdo con lo normado en la Ley 65 de 1993.

Esta Resolución, en su Libro Segundo, regula el procedimiento al cual deberá ajustar su actuación el operador disciplinario; pero además como quiera que según lo contemplado en el artículo 53 de la Ley 65/93, el director de cada establecimiento de reclusión expedirá el reglamento de régimen interno, el Acuerdo No. 0011 de fecha 17 de agosto del 2006 dispone que el Reglamento del Régimen Interno General establece como parámetros objetivos los contenidos en la Constitución Política de Colombia, la ley, la jurisprudencia nacional, los convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en materia de derechos humanos y tratados y convenios internacionales sobre manejo de instituciones penitenciarias y carcelarias. Dispone el referido Acuerdo que los reglamentos se deben remitir a la Dirección General del Instituto para su respectiva aprobación, en ningún caso el reglamento particular podrá desconocer, contrariar o extralimitar las disposiciones del reglamento general; lo mismo se hará con cualquier modificación que se le realice al reglamento.

En su Artículo 4, el Acuerdo 0011 de 2006 establece que el reglamento en particular será aplicable en el centro de reclusión que lo haya expedido y será aplicable a los internos que se encuentren dependiendo bajo cualquier circunstancia de ese establecimiento de reclusión.

Esta disposición, finalmente señala que el término sindicado hace referencia a los internos de cualquier establecimiento de reclusión que se encuentren en condición de indiciados, imputados, sindicados, acusados o enjuiciados y cuando se hace referencia a condenado o sentenciado, es quien ostente sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada y los términos se utilizarán indistintamente al género masculino o femenino.

Finalmente, cabe advertir que el reglamento tiende a establecer un orden concreto a un sector de la población, y su dimensión es unitiva y hacia un bien general, como quiera que, en últimas, su finalidad es encauzar la conducta de los internos y adecuar su comportamiento al régimen especializado, razón de ser de la misma tipificación de las faltas que hace el legislador en el Artículo 121 (las faltas se clasifican en leves y graves) de la referida Ley 65 de 1993.

5. Fundamentos de la falta disciplinaria y la sanción

“...6. Frente a la Administración, el preso se encuentra en una relación especial de sujeción, diseñada y comandada por el Estado, pero con derechos y deberes en cabeza de ambas partes. Los presos no tienen derechos de

menor categoría, tienen derechos restringidos o limitados y cuando esto no sucede, es decir, cuando la pena impuesta no se encuentra en contradicción con el ejercicio pleno de un derecho, este debe ser tan protegido y respetado como el de cualquier otra persona...”⁵.

En el ámbito del régimen disciplinario de los internos, dada la relación especial de sujeción que existe entre ellos y el Estado, desde el punto de vista orgánico, en virtud del mandato constitucional, con el objetivo de armonizar el régimen penitenciario y carcelario, se expidió la Ley 65 de 1993, que en su Artículo 52 no solamente instituye el régimen disciplinario destinado a las personas privadas de libertad, sino que abre las compuertas para que otras normas puedan tener aplicación, en el desarrollo de las investigaciones disciplinarias que se adelanten o puedan adelantarse contra esta categoría de personas, toda vez que dispone: “...Este reglamento contendrá los principios contenidos en este Código, en los convenios y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia...”.

En este sentido cobran importancia el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, cuyo principio número tres es del siguiente tenor literal: “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de ninguna de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente conjunto de principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado...”⁶.

En armonía con este enunciado, encontramos que el principio número treinta consagra:

“1. Los tipos de conducta de la persona detenida o presa que constituyan infracciones disciplinarias durante la detención o la prisión, la descripción y duración de las sanciones disciplinarias que puedan aplicarse y las autoridades competentes para aplicar dichas sanciones se determinarán por la ley o por reglamentos dictados conforme a derecho y debidamente publicados.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992.

⁶ Documentos de las Naciones Unidas reproducidos por la Defensoría del Pueblo. Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley. Defensoría del Pueblo, folleto número 5, Imprenta Nacional, 1998, p. 46.

2. La persona detenida o presa tendrá derecho a ser oída antes de que se tomen medidas disciplinarias. Tendrá derecho a someter tales medidas a autoridades superiores para su examen”⁷.

Los pronunciamientos efectuados por nuestro máximo tribunal de constitucionalidad no dejan duda acerca de la relación especial de sujeción que existe entre las personas privadas de la libertad y el Estado. Este elemento de constitucionalidad cobra una fuerza vinculante que justifica y también explica por qué los detenidos son sujetos del derecho disciplinario; veamos:

“...En una relación jurídica el predominio de una parte sobre la otra no impide la existencia de derechos y deberes para ambas partes. Este es el caso del interno en un centro penitenciario. Frente a la administración, el preso se encuentra en una relación especial de sujeción, diseñada y comandada por el Estado, el cual se sitúa en una posición preponderante, que se manifiesta en el poder disciplinario y cuyos límites están determinados por el reconocimiento de los derechos del interno y por los correspondientes deberes estatales que se derivan de dicho reconocimiento...

...La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista del comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos —como la libertad, por ejemplo—; otros, limitados —como el derecho a la comunicación o a la intimidad—; pero goza de otros derechos de manera plena, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud.

Del derecho pleno del interno a la vida, la integridad física y a la salud se derivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra el deber de trato humano y digno; el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas; el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros.

La potestad disciplinaria entonces debe enmarcarse dentro de los límites impuestos por los derechos de los presos. Desde este punto de vista, la apli-

⁷ Defensoría del Pueblo, *ibídem*, p. 56.

cación de la sanción del calabozo, tan común en nuestro medio, debe ser restringida a los casos extremos, debe estar reducida al mínimo tiempo necesario para el cumplimiento del fin perseguido y, además, debe realizarse en condiciones que no vulneren el principio de dignidad humana y que no constituya trato cruel o degradante. Sobre este tema la Comisión de Estrasburgo ha establecido en el Artículo 3 del Convenio de Roma que no es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, los que podrían constituir en concreto una violación de los derechos del preso...

Y agrega: "...La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección..."⁸.

Ahora bien, la consagración legal del régimen disciplinario propiamente dicho la encontramos en la Resolución 5817 de 1994 y en los Artículos 116 y subsiguientes de la Ley 65 de 1993, que consagran el reglamento disciplinario para los internos de los establecimientos de reclusión y de acuerdo con el Artículo 117 se integran a las disposiciones administrativas encaminadas a aplicar las sanciones disciplinarias a los detenidos, al ordenar la expedición de los reglamentos generales e internos.

El régimen disciplinario de los internos consagra dos características dignas de resaltar: de una parte, únicamente consagra dos tipos de faltas, graves y leves, es decir, descarta la comisión por parte de los internos de faltas gravísimas, y de otra, rompe con la regla general del derecho disciplinario, por cuanto nos pone frente al régimen de números clausus o cerrados, toda vez que en el Artículo 121 consagra las posibles faltas que puedan llegar a cometer los internos, si tenemos en cuenta que el Artículo 117 consagra: "...Ningún recluso podrá ser sancionado por una conducta que no esté previamente enunciada en esta ley o en los reglamentos, ni podrá serlo dos veces por el mismo hecho". También consagra el principio del non bis in idem y a renglón seguido el del juez natural.

⁸ Sentencia T-596 de 1996.

6. Las relaciones especiales de sujeción y los derechos fundamentales de los internos

Cuando a consecuencia de la infracción de la ley penal se profiere una sentencia condenatoria consistente en la privación de la libertad de la persona transgresora, dicha pena la ejecuta el Estado a través de los jueces de ejecución de penas. Si el condenado debe cumplir esa pena en un establecimiento penitenciario, surge, además, para el Estado, a través del poder ejecutivo, otra obligación: la ejecución administrativa de esa sanción, tal como lo dispuso el legislador en el Artículo 14 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), que textualmente señala: *“Corresponde al Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de una sentencia penal condenatoria...”*.

Así las cosas, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, a través de su Director General, los Directores Regionales y los Directores de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios, tiene a su cargo la permanencia de las personas condenadas en dichos centros, pero no de cualquier manera, pues, ante todo, se trata de seres humanos que por haber sido condenados no han perdido dicha condición, quienes, además, habitan en un Estado Social de Derecho fundado, entre otros pilares, en el respeto de la dignidad humana y, por tanto, con el reconocimiento constitucional de unos derechos señalados como fundamentales en el Título II, Capítulo I de la Carta Política, entre los que se cuentan: el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la personalidad jurídica, a la intimidad, al buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, de cultos, de expresión e información, de petición, al debido proceso, a la libertad de locomoción y residencia, al trabajo, de escoger profesión u oficio, a la libertad personal, de reunión, de asociación, políticos, etc. Derechos que, se reitera, están garantizados por la propia Carta para todos los habitantes del territorio nacional y que gozan de eficacia directa, pues no es necesaria su consagración legal para hacer exigible su cumplimiento.

La permanencia de los condenados en los centros de reclusión conlleva para los servidores encargados de la ejecución administrativa de la pena no solo el deber de velar por su seguridad, por la preservación del orden dentro del establecimiento, la disciplina y la convivencia, sino el deber de propender a su resocialización, en la medida en que este es el fin fundamental de la pena.

Una vez ingresan los condenados al centro de reclusión, además de su condición común de ciudadanos, sujetos al poder público general, en virtud de la modificación de su *status libertatis*, se convierten de inmediato en miembros de un colectivo especial, sujetos a un tratamiento, igualmente, especial, como quiera que ese ingreso los vincula con la Administración Penitenciaria y Carcelaria, al punto que se establece una relación especial de sujeción de los primeros a la segunda, relación que explica el porqué de su sometimiento a un poder público autónomo y especialmente intenso que puede llegar, incluso, a afectar sus derechos fundamentales.

En esa relación especial de sujeción se encuentra fundada la facultad que tiene la Administración Penitenciaria y Carcelaria para expedir no solo el reglamento del régimen interno, aplicable tanto a los reclusos como a los servidores del INPEC, sino también el reglamento disciplinario al cual se sujetarán los internos de esos establecimientos, a fin de que puedan realizar sus cometidos de seguridad, preservación de los fines propios de la vida penitenciaria y resocialización.

Sin embargo, la potestad de expedir dichos reglamentos solo la puede ejercer la organización administrativa en virtud de mandato legal y de conformidad con los lineamientos generales previstos en la ley, toda vez que el poder de la Administración Penitenciaria y Carcelaria no es absoluto; esta, al igual que la Administración en general, se caracteriza por lo reglado de sus procedimientos. Esto es, en la medida en que la Administración tiene a su cargo todo el discurrir de la vida dentro de los establecimientos penitenciarios, se requiere una regulación positiva que sirva de límite a los excesos y a la arbitrariedad en que puedan eventualmente incurrir los detentadores de ese poder, los que generalmente se traducen en la afectación de los derechos fundamentales de los internos.

La existencia de dichos reglamentos –interno y disciplinario– aplicables dentro del establecimiento penitenciario y carcelario encuentra su razón de ser en los fines esenciales de la relación penitenciaria, es decir, en la seguridad, la disciplina y el orden que deben reinar en su interior, a fin de alcanzar el fin fundamental de la pena: la resocialización del interno. Ello se infiere de lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-394 del 7 de septiembre de 1995 (M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA): “El orden penitenciario se enmarca dentro del criterio de resocialización, y para ello es necesaria, como se ha dicho, la disciplina, entendida como la orientación reglada hacia un fin racional, a través de medios que garanticen la realización ética de la persona. La disciplina, pues, no es un fin en sí mismo, sino una

vía necesaria para la convivencia humana elevada a los más altos grados de civilización. Ella no anula la libertad, sino que la encauza hacia la perfectibilidad racional. Se trata, entonces, de un proceso de formación del carácter, que tiende a la expresión humanista y humanitaria, en sentido armónico”.

No obstante a lo expresado por la Rectora Constitucional en la citada providencia: “La racionalidad de la disciplina requiere un mínimo de discrecionalidad por parte de quienes la imponen, ya que no es posible que la actividad carcelaria esté totalmente reglada; ello porque el acto humano tiene un espacio indeterminado de proyección ante las contingencias impredecibles, que la norma y el reglamento no alcanzan a tipificar por imposibilidad material, y porque el proceso de la actividad carcelaria exige que, en aras de la disciplina, se adecúen los principios generales a casos concretos y específicos”, nuestro criterio apunta a concluir que a fin de salvaguardar los derechos fundamentales y el principio de legalidad y evitar que la aplicación de la norma quede al arbitrio del operador disciplinario, el contenido de aquella debe ser de tipo cerrado, tal como se ha mencionado.

Los cometidos del Poder Ejecutivo –Autoridades Penitenciarias y Carcelarias– en la prestación del servicio de administrar la ejecución de la pena: seguridad y resocialización, entre otros, desarrollados dentro del marco del régimen jurídico especial aplicable en las reclusiones, previsto en atención a la naturaleza jurídica también especial de las relaciones de sujeción que, como ya se anotó, surgen en los centros de reclusión y suponen que el interno permanezca a cargo de las dichas autoridades, conllevan la limitación y hasta la suspensión de algunos derechos, incluso fundamentales (Título II, Capítulo I de la Carta Política) consagrados a favor de todas las personas.

Así pues, es deber de la Administración Penitenciaria y Carcelaria velar porque se mantengan suspendidos al interno, los derechos que expresamente hayan sido indicados en el fallo condenatorio y aquellos cuyo ejercicio pleno riña con su condición de recluso, tales como el derecho a la libertad personal, los derechos políticos, el derecho de locomoción.

De otra parte, aunque el hecho de estar condenados no les quita su condición de seres humanos, su confinamiento en una penitenciaría sí implica que deban soportar limitaciones a otros de sus derechos fundamentales, cuando su ejercicio impida el cumplimiento de la resocialización del interno, el mantenimiento del orden, la disciplina y la seguridad en el establecimiento.

Por ejemplo, la comunicación oral, escrita o telefónica; el derecho a la información, a la intimidad.

Sin embargo, de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia T-706 del 9 de diciembre de 1996, las limitaciones de estos derechos fundamentales a los internos solo son legítimas si cumplen las siguientes condiciones: “(1) debe tratarse de un derecho fundamental que, por su naturaleza, admita restricciones en razón de las necesidades propias de la vida carcelaria; (2) la autoridad penitenciaria que efectúa la restricción debe estar autorizada, por vía legal o reglamentaria, a llevar a cabo la mencionada restricción; (3) el acto restrictivo de un derecho fundamental de los internos sólo puede estar dirigido al cumplimiento y preservación de los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del recluso y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de los establecimientos carcelarios; (4) la restricción de un derecho fundamental de los internos por parte de la autoridad penitenciaria debe constar en acto motivado y, en principio, público; y (5) la restricción debe ser proporcionada a la finalidad que se busca alcanzar”. Entonces, solo en la medida en que se reúnan dichas exigencias, la organización administrativa ejecutora de la sanción penal se encuentra facultada para proceder a la limitación de tales derechos.

Los demás derechos fundamentales han de conservarse plenos para los internos y por ningún motivo pueden las autoridades penitenciarias, so pretexto de invocar la existencia de las relaciones especiales de sujeción, restringirlos; por el contrario, están en la obligación de garantizarlos. Entre ellos cabe mencionar el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad de conciencia y de cultos; el derecho de petición, a la dignidad, a la igualdad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, al debido proceso; así como otros que surgen a su favor de la obligación que tiene el Estado de satisfacerlos, en virtud de que su internamiento en el perímetro penitenciario le impide al recluso procurárselos por sus propios medios; piénsese, por ejemplo, en el derecho a la alimentación, al agua potable, al vestuario, a elementos de aseo, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, a un lugar de habitación higiénico, etc. Derechos que, si bien no están consagrados constitucionalmente como fundamentales, en el caso de los reclusos, por su condición especial, sí alcanzan dicha categoría en la medida en que estos pueden exigirlos a través de la interposición de la acción de tutela.

Todo lo anteriormente expuesto aplica respecto de las personas sindicadas, esto es, que estén siendo procesadas y que en virtud de la imposición de una

medida de aseguramiento se encuentren reclusas en un centro carcelario. Por ese motivo, en el presente acápite se hizo referencia a Centros Penitenciarios y Carcelarios y a Autoridades Penitenciarias y Carcelarias.

7. Derecho disciplinario de los internos y los principios fundamentales de legalidad, taxatividad, culpabilidad, antijuridicidad y debido proceso

7.1. Debido proceso

Como bien es sabido, Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho en el que se garantiza el debido proceso en toda actuación judicial o administrativa que implique sanción o restricción de derechos fundamentales.

En el ámbito del derecho disciplinario de los reclusos este principio encuentra el siguiente sustento normativo:

Marco jurídico del debido proceso

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 8º. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 8. Garantías Judiciales. 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 en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.

Artículo 29. La ley o reglamento dictado por autoridad administrativa competente determinará en cada caso: a) la conducta que constituya una infracción disciplinaria, b) el carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se puedan aplicar, c) cuál ha de ser la autoridad competente para pronunciarse de esas sanciones.

Artículo 30. 1) Un recluso sólo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda nunca serlo por la misma infracción. 2) Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso. 3) En la medida en que sea necesario y viable se permitirá al recluso que presente su defensa por medio de un intérprete.

Constitución Política de Colombia

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas (...).

Ley 65 de 1993

Artículo 134. Debido Proceso. Corresponde al director del establecimiento recibir el informe de la presunta falta cometida por el interno, el director lo pasará al subdirector si lo hubiere o caso contrario lo asumirá directamente para la verificación de la falta denunciada debiéndose oír en declaración de descargos al interno acusado. (...).

Resolución 5817 de 1994 del Director General del INPEC

Artículo 13. Debido Proceso. Ningún interno podrá ser investigado sino conforme a las normas establecidas para la conducta que se imputa, lo que se hará ante funcionario competente y con la observancia de las formas propias de cada proceso.

Las normas citadas establecen la obligatoriedad de respetar el debido proceso en los términos establecidos tanto en el orden constitucional, como legal y de allí se derivan los derechos que deben ser protegidos en las investigaciones disciplinarias, que en este especial régimen se adelanten.

Si bien es cierto que el derecho disciplinario en sí mismo contiene aspectos de características especialísimas que lo diferencian de los demás sistemas sancionatorios, no indica aquello que no se deban respetar las garantías constitucionales y legales que para todos los sistemas operan. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-184 de 1998 detalla:

“La actividad disciplinante que las autoridades disciplinarias adelantan contra los reclusos por eventuales faltas al regla-

mento aplicado en el establecimiento respectivo es un proceso de carácter administrativo, este proceso disciplinario en consecuencia no exige la misma rigurosidad que demandan los procesos penales, así por ejemplo, en el derecho disciplinario se permite prescindir de la defensa técnica, esto es la que se encarga a un abogado. Así mismo puede ser un proceso de única instancia. Ello significa que solo cabe un recurso contra el acto mediante el cual se impone una determinada sanción.

Sin embargo, las menores exigencias del proceso disciplinario no implican, ni muchísimo menos, que en esa materia se deban dejar de observar las exigencias del debido proceso. Las autoridades penitenciarias que adelanten una investigación para verificar si un recurso infringió el reglamento y, por ende, si incurrió en una determinada falta disciplinaria para proceder a imponer la sanción pertinente, están absolutamente obligadas a respetar las garantías individuales consagradas en normas nacionales e internacionales. En efecto, el artículo 29 de la Constitución prescribe que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

En este sentido es importante tener presentes los derechos fundamentales que en toda actuación judicial o administrativa se deben observar, los cuales materializan el espíritu del debido proceso; tales son: el derecho a la presunción de inocencia; el derecho al juez natural; el derecho a la defensa (con la salvedad antes anotada); el derecho al principio del non bis in ídem; derecho a apelar de la sanción; derecho a la prohibición de la no reformatio in pejus; el derecho a la observancia propia de las formas del proceso; el derecho a no ser sancionado con penas crueles, inhumanas o degradantes y el derecho a un proceso oportuno y sin dilaciones indebidas.

7.2. Principio de legalidad

Este principio es pilar básico del Estado de Derecho y el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. De hecho, se trata de un principio que tiene dos sentidos complementarios entre sí y simultáneamente indivisibles, a saber: como legalidad punitiva y como principio de juridicidad.

El principio de legalidad en su dimensión punitiva forma parte del derecho al debido proceso, esto es, del derecho a estar amparado por el conjunto de garantías procedimentales y sustantivas mediante las cuales la persona so-

metida a una causa penal puede asegurarse de una pronta, recta y cumplida justicia y de que su libertad y seguridad jurídica están protegidas. El núcleo esencial del derecho al debido proceso está integrado, entre otros, por los derechos a la administración de justicia, al principio de favorabilidad, a ser tratado con igualdad ante los tribunales, a no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, a la presunción de inocencia, al juez natural, a la defensa, al proceso público y expedito, a la presentación y contradicción de las pruebas, a impugnar la sentencia condenatoria y al non bis in ídem⁹.

Desde luego, la mencionada dimensión punitiva del principio de legalidad incluye también las reglas de que nadie puede ser juzgado por hechos que no se encuentren previstos como punibles de manera expresa en la ley antes de su comisión (*nullum crimen sine lege*) y de que nadie puede ser condenado a cumplir con una sanción que no esté señalada por esa ley (*nulla poena sine lege*). “El principio de legalidad punitiva obliga, pues, a los jueces a valerse exclusivamente de los instrumentos sancionatorios que el ordenamiento jurídico haya creado previamente para el hecho materia de juzgamiento, sin permitirles la imposición de penas o medidas de seguridad ajenas a las incluidas en el catálogo legal. El ejercicio de la potestad judicial del Estado para la represión de las conductas antijurídicas debe, en todo caso, ceñirse a las formas de punibilidad contempladas en la ley que rige al tiempo de cometerse el hecho punible”¹⁰.

El principio de juridicidad, que limita la discrecionalidad de las autoridades en sus actuaciones y las somete al imperio de la ley, es una de las notas distintivas más importantes del Estado de Derecho. Se trata de un principio según el cual el sentido y contenido de las actuaciones de todos los órganos del Estado se deben sujetar de forma integral a derecho. En consecuencia, este principio impone a las autoridades el mandato de ejercer sus competencias dentro de los términos precisos que les señala el denominado bloque de legalidad, esto es, les ordena someterse al conjunto de normas de derecho público.

El ordenamiento jurídico crea una serie de obligaciones para todos los miembros de la sociedad. Sin embargo, la sumisión de las autoridades a la juridicidad es de especial fuerza. Mientras las personas de condición particular solo tienen una vinculación de carácter negativo al ordenamiento jurídico, las autoridades tienen una vinculación que es simul-

⁹ Manual de Calificación de Conductas Violatorias - Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Bogotá, 2004, Vol I.

¹⁰ Madrid-Malo Garizábal, Mario. Derechos Fundamentales. Bogotá: 3R Editores, 2004, p. 282.

táneamente de naturaleza positiva y negativa. La vinculación negativa implica que no se puede actuar en contra de la Constitución y de las leyes. La vinculación positiva, que sólo se puede actuar conforme a lo prescrito por aquellas.

Así, las autoridades no solamente tienen prohibido infringir el ordenamiento jurídico sino que, además, tienen prohibido actuar sin una atribución legal previa. Las autoridades solo pueden hacer aquello que les está permitido realizar para satisfacer las justas exigencias del orden público y del bien común en el contexto de una sociedad democrática¹¹.

El principio de juridicidad tiende a tener un contenido más amplio que el asignado al principio de legalidad. Actualmente se entiende que aquel remite no solo a la Constitución y las leyes, sino también al derecho internacional, a los principios de derecho, a los principios de justicia y, en general, al orden jurídico. Es indispensable hacer resaltar que del principio de juridicidad en su sentido extenso y del principio de legalidad punitiva derivan dos reglas muy precisas:

- i. Solamente se pueden juzgar conductas que estaban incriminadas en el momento de su realización.
- ii. Solo se pueden imponer penas que hayan sido señaladas de manera taxativa por la ley.

La segunda regla produce una consecuencia de importancia capital para el sistema penitenciario: las personas privadas de la libertad tienen derecho a condiciones carcelarias adecuadas para el cumplimiento de la pena. En efecto, el orden jurídico tiene vigencia también durante la etapa de ejecución penal. De ello resulta forzoso comprender que la pena privativa de la libertad impuesta judicialmente por la comisión de un hecho punible debe aplicarse dentro de circunstancias que sean plenamente concordantes con las disposiciones de la Constitución y de los tratados internacionales pertinentes.

7.3. Principio de taxatividad

Ley 65 de 1993

La ley que establece el sistema general penitenciario y carcelario en Colombia establece en su articulado las condiciones generales para la imposición

¹¹ Cfr. Madrid-Malo Garizábal, Mario, op. cit., p. 616.

de sanciones disciplinarias a sus internos. Lo anterior se desprende de lo establecido en el artículo 117, que prescribe:

“Legalidad de las sanciones. Las sanciones disciplinarias y los estímulos estarán contenidos en la presente ley y en los reglamentos general e interno. Ningún recluso podrá ser sancionado por una conducta que no esté previamente enunciada en esta ley o en los reglamentos ni podrá serlo dos veces por el mismo hecho. (...)”.

Ahora bien, como consecuencia del respeto al debido proceso y a las garantías procesales y en desarrollo de lo establecido en el artículo anterior, surge el principio de taxatividad como materialización prescrita de las conductas que serán objeto de sanción por parte del funcionario competente. Este principio tiene estrecha relación con el principio de tipicidad contenido en la legislación penal y que básicamente consiste en exigir que la conducta se encuentre previamente establecida como disciplinable y además de esto debe contener dicha prescripción las circunstancias especiales que determinan precisamente su acaecimiento.

Por lo anterior, y en garantía del debido proceso, el legislador debe establecer de forma clara y sin ambigüedades, las conductas que los internos tienen prohibido desplegar y que serán sancionadas de hallarse culpables al final del proceso.

Su desarrollo específico se encuentra en los artículos 121 y 122 de la Ley 65 de 1993 y en los reglamentos que cada centro de reclusión en especial tenga previstos para sus internos, reglamentos que se entienden incorporados a la normativa disciplinaria en cuestión.

7.4. Principio de antijuridicidad

El régimen disciplinario carcelario tiene como fin el mantenimiento de la disciplina en los centros de reclusión, entendida esta como mantenimiento de la salubridad, la seguridad y la moralidad. En desarrollo de estas premisas se establecen los reglamentos que prohíben precisamente su vulneración.

El principio de antijuridicidad, dado su origen en el derecho penal, contiene categorías axiológicas derivadas de la vulneración o puesta en pe-

ligro de bienes jurídicos tutelados, en razón de los cuales surge la normativa penal.

De otro lado, en el ámbito disciplinario tal principio no posee aplicación; por tanto, en este especial sistema no se protegen bienes jurídicos, sino que se propende a los fines del Estado y al buen funcionamiento de la Administración Pública.

Artículo 5 de la Ley 734 de 2002

Ilicitud Sustancial. “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.

Toda vez que en el derecho disciplinario de los internos no tiene aplicación la anterior norma, por cuanto en este régimen no existen deberes de naturaleza funcional, sino que por el contrario se trata de mantener la disciplina dentro del centro de reclusión, consideramos aplicable en este régimen disciplinario el principio de antijuridicidad material, que nos indica que la conducta será antijurídica en la medida en que lesione o ponga en peligro de lesión la seguridad, salubridad y moralidad del penal.

7.5. Principio de culpabilidad

La Ley 65 de 1993 no trae consagración expresa del principio de culpabilidad, pero en vista de que estamos en presencia de una especie del derecho disciplinario, se hace necesario llenar este vacío legal, siendo menester concluir que se deben aplicar los postulados de la Ley 734 de 2002.

Y esa aplicabilidad por remisión se hace en los términos expresados por el tratadista ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA de la siguiente manera:

“La culpabilidad disciplinaria se hace recaer por una parte en el juicio de reproche que se presenta por la exigibilidad de comportamiento diverso en que podía y debía actuar el agente y por otra en la accesibilidad normativa que el disciplinado tenía al momento de cometer el hecho o la posibilidad de conocer la prohibición y en el dolo y la culpa. (...)”.

Trasladando esto al régimen carcelario tenemos que a los internos les es exigible una conducta acorde con los reglamentos internos que propenden a la disciplina del centro carcelario y en el trámite de la investigación se

debe establecer si el interno infractor conocía las condiciones normativas especiales de su alojamiento penitenciario y aun así las vulnera o si por el contrario actuó basado en el desconocimiento del reglamento por negligencia y descuido.

8. Observaciones al reglamento de régimen disciplinario de los internos

Si bien es cierto que la Ley 65 de 1993, o Código Penitenciario y Carcelario, se expidió en el año de 1993, también es cierto que a la fecha no se ha dado una reforma legislativa que hubiera modificado o actualizado el régimen disciplinario allí contenido, a fin de adecuarlo a las modificaciones que mediante procedimientos internos ha ido estableciendo el INPEC, para la clasificación de los establecimientos penitenciarios y carcelarios a nivel nacional, así:

- Reclusiones nacionales de mujeres (condenadas y sindicadas)
- Establecimientos carcelarios (para sindicados)
- Establecimientos carcelarios y penitenciarios de mediana seguridad (para condenados y sindicados)
- Establecimientos penitenciarios de alta seguridad (condenados y personas que requieran medidas de seguridad especiales)
- De acuerdo con la Ley 975/05, Establecimientos de reclusión especial, para las personas desmovilizadas y que hayan solicitado ser beneficiarias de dicha norma.
- Lugares especiales de reclusión para conductores (casas cárcel).

Es decir, para el año de 1993, dentro del articulado de la Ley 65 del mismo año, que clasifica los centros carcelarios en Colombia, no existían descritos los pabellones de alta seguridad, ni los centros penitenciarios de alta seguridad, como lo son hoy los centros penitenciarios ubicados en Cúmbita, Boyacá; en Valledupar, Cesar, o en Popayán, Cauca. Así mismo, para la presente fecha, en forma intempestiva, sin tener en cuenta una reforma legislativa ideal, lo que se conocía como el Pabellón Número Uno de Alta Seguridad, en el Centro Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Itagüí, fue convertido en fecha reciente en el Centro Especial de Reclusión de

los miembros de las AUC que se han desmovilizado y ostentan la calidad de comandantes de dichos grupos. Ello implica entonces, de acuerdo con la Ley 975/05, que debe expedirse un reglamento interno, muy especial y específico, el cual no puede ser tan estricto y prohibitivo como lo es la Ley 65/93, lo cual generaría que dentro de un mismo establecimiento penitenciario coexistan dos reglamentos de régimen interno, lo que estaría en contravía con lo preceptuado en el Artículo 4 del Acuerdo 0011 de 2006, que taxativamente dispone: “... es aplicable en el reglamento de reclusión que lo haya expedido y en el espacio penitenciario y carcelario que en él se determine”.

Pese a la existencia de los parámetros del procedimiento disciplinario contenidos en la Resolución 5817 de 1994, en la práctica, en cada establecimiento carcelario, se realiza el procedimiento ordenado por el director, de acuerdo con los conocimientos jurídicos que posea, lo cual pone en riesgo los derechos fundamentales de los privados de la libertad.

9. Conclusiones

- a) Inicialmente podemos concluir que el régimen disciplinario para los centros carcelarios y penitenciarios es un derecho público desde el punto de vista orgánico; que se deriva del derecho sancionador y de la potestad sancionadora del Estado; que es derecho disciplinario administrativo; que el derecho disciplinario está encuadrado en las relaciones especiales de sujeción a las que están sometidos los internos; que deben primar los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad; y que las conductas objeto de reproche deben estar definidas en la ley, bajo tipos cerrados.
- b) Resulta claro que la naturaleza jurídica de la potestad disciplinaria que tiene el Estado sobre el interno se deriva de la especial relación de sujeción que tienen estos con el Estado.
- c) Si bien en la normativa existente se encuentran vacíos respecto de la aplicación directa de los principios de antijuridicidad y culpabilidad, consideramos que en la medida en que el derecho disciplinario de los internos tiene como núcleo fundamental el mantenimiento de la disciplina, frente a lo cual los internos tienen una relación de sujeción especial con la dirección de la cárcel, esto los hace destinatarios de los especiales deberes y prohibiciones estipulados en la Ley Penitenciaria.

- d) Riñe con el orden constitucional y legal el hecho de que el interno se encuentra en total desprotección frente a los investigadores, puesto que en un procedimiento tan breve las posibilidades que tiene para desarrollar una adecuada defensa son nulas, soslayando de esta manera el debido proceso y su núcleo esencial, que lo constituye el derecho a la defensa, con todo lo que ella implica y entraña.
- e) En muchos casos, de acuerdo con la encuesta desarrollada, los internos desconocen la existencia de la legislación penitenciaria y los derechos que ellos tienen, para ejercer los mecanismos de defensa, ante una investigación de carácter disciplinario, convirtiéndose el debido proceso del Artículo 29 de la Carta Política en mera letra muerta, algo sumamente delicado, si nos atenemos a la particular situación de los detenidos, pues son personas en condiciones de debilidad manifiesta, dadas las peculiares condiciones en las que se encuentran.
- f) Los cambios penitenciarios que para esta década ha presentado el país y la falencia en el régimen disciplinario aplicado a los internos son una situación coyuntural que demanda una tarea legislativa urgente, a fin de cumplir a cabalidad el respeto de los derechos humanos en los centros de reclusión según los estándares internacionales, en virtud de los tratados internacionales suscritos por Colombia.
- g) La falta de unificación en las normas sustantivas y la ausencia de un procedimiento disciplinario hacen evidente la exigencia de diseñar estrategias integrales que tengan incidencia sobre la totalidad del régimen disciplinario para las personas privadas de la libertad.
- h) Desde esta perspectiva, se demuestra la necesidad de que el INPEC, los organismos de control, las mesas de trabajo de los diferentes centros de reclusión y la comunidad en general exijan del legislador los elementos normativos necesarios, a fin de evitar que los vacíos que hoy tiene la Ley 65 de 1993 den lugar a la vulneración del debido proceso de los privados de la libertad y, en consecuencia, buscar desde este punto de vista el restablecimiento del respeto de los principios garantistas de los derechos fundamentales.

10. Recomendaciones

- a) Se hace imperiosamente necesario adoptar cambios legislativos, con carácter urgente, encaminados a armonizar el procedimiento

disciplinario aplicable a las personas reclusas en los centros penitenciarios y de detención, a la normativa interna y a la normativa internacional de los derechos humanos, a fin de garantizar a plenitud en todos los casos en los que sean objeto de una investigación disciplinaria con una adecuada defensa técnica y material y, particularmente, que se amplíe el plazo de la instrucción como mecanismo expedito para que haya un verdadero y auténtico debate probatorio ejerciendo ese importante principio que es el derecho de contradicción de la prueba.

- b) Dentro de esos cambios legislativos es menester dar aplicación al principio del debido proceso en el procedimiento disciplinario de los reclusos, en acatamiento de los tratados internacionales, de la Constitución Política y de la ley, así como lo ha dispuesto la Corte Constitucional en su jurisprudencia. De esta premisa se desprende dar aplicación dentro de este procedimiento a todos los derechos que entrañan el debido proceso, tales como el derecho a la presunción de inocencia; el derecho al juez natural; el derecho a la defensa; el derecho al principio del non bis in ídem; el derecho a apelar de la sanción; el derecho a la prohibición de la no reformatio in pejus; el derecho a la observancia propia de las formas del proceso; el derecho a no ser sancionado con penas crueles, inhumanas o degradantes y el derecho a un proceso oportuno y sin dilaciones indebidas.
- c) Adicionalmente, dentro del proceso disciplinario de los internos debe también dársele plena aplicación al principio de taxatividad, el cual nos indica que para investigar a un interno por una conducta presuntamente irregular, esta debe estar expresamente descrita en los catálogos de faltas de la ley y los reglamentos donde se encuentran taxativamente enunciados los comportamientos por los cuales un interno eventualmente podría resultar sancionado en el desarrollo de un proceso disciplinario. El Principio de Legalidad como pilar fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho obliga a que todos los procedimientos, especialmente los sancionatorios, deben estar orientados por este principio, para que las actuaciones del Estado adquieran tintes de legitimidad.
- d) Que en ejercicio de la función preventiva, la Procuraduría General de la Nación intervenga al INPEC y a los centros carcelarios municipales y departamentales, con el fin de conocer de cerca el incum-

plimiento de la Ley 65 de 1993 respecto al régimen disciplinario aplicable a los internos y las violaciones del debido proceso en los trámites disciplinarios adelantados en contra de los internos.

- e) Que la Procuraduría elabore un manual de procedimiento disciplinario para los internos y mediante directiva se exija su cumplimiento al INPEC, a los centros carcelarios y penitenciarios del orden territorial y a las Fuerzas Militares y de Policía.

LIBRO TERCERO
PROCESAL DISCIPLINARIO

Poderes correccionales del Juez y su aplicación en el ámbito del Derecho Disciplinario

**Por RUTH MIRIAM ESCOBAR GARCÉS, ÓSCAR ARTURO LOZANO RODRÍGUEZ,
CARLOS ALBERTO LOAIZA BUSTAMANTE, JORGE HERNÁN ZULUAGA GIRALDO
Y EFRAÍN EDUARDO APONTE GIRALDO¹**

Introducción

El juez, como supremo director del proceso, tiene el deber de garantizar el normal desarrollo de las diligencias y de velar porque dentro del respectivo juicio se garanticen los derechos de las partes y de la sociedad en general, “pues su labor trasciende el interés particular de las partes en conflicto (Sentencia Corte Constitucional T-554/99)”. Así mismo, por el respeto y la dignidad que merecen la administración de justicia y sus operadores, los intervinientes deben cumplir con su obligación de obrar lealmente en el trámite del proceso y de conservar la disciplina y deferencia que merecen tales actuaciones.

Para cumplir con tales fines, el Legislador ha dotado al juez de varias herramientas que le permitan corregir a aquellos intervinientes en el proceso que no obran acorde con el respeto antes referido, medidas calificadas como correccionales y que son una especie del género conocido como derecho sancionador.

¹ Servidores de la Procuraduría General de la Nación. Profesionales Especialistas en Derecho Disciplinario.

La jurisprudencia² ha ubicado las medidas correccionales dentro del denominado “derecho administrativo penal disciplinario”, ya que si bien sus elementos característicos son administrativos, por tratarse del ejercicio de la potestad sancionadora, debe regirse por los principios del derecho punitivo, que, aunque restringidos en este específico ámbito, se orientan a la luz del artículo 29 de la Constitución Política y bajo los principios de racionalidad y proporcionalidad, de modo que impidan al operador de las medidas correccionales su aplicación arbitraria.

Así mismo y dentro del proceso disciplinario, el investigador debe cumplir con deberes semejantes y perseguir los mismos fines que el juez, ya que si bien no administra justicia en sentido formal, sí la aplica en sentido material, y por ello el Código Disciplinario Único lo ha dotado de algunas limitadas herramientas que le permiten corregir al quejoso temerario y al testigo renuente.

Pese a las similitudes entre los fines y la dignidad que merecen los procesos dirigidos por los jueces de la República y los procesos disciplinarios que orienta la Procuraduría, en la ley disciplinaria han quedado sin específica sanción muchas conductas irrespetuosas en las que incurren los intervinientes en contra del respeto que merecen las diligencias y de quienes las orientan, las cuales en su gran mayoría quedan impunes por no existir claridad si se puede hacer uso de las medidas correccionales consagradas en los códigos Civil y Penal, de manera principal, aquellas herramientas que resultan armónicas con la naturaleza del derecho disciplinario.

Estimamos por tales razones que es de gran importancia estudiar las facultades que el legislador le otorgó al juez para tomar medidas correccionales en el proceso, a fin de verificar en qué medida pueden estas ser trasplantadas al proceso disciplinario, analizando la compatibilidad de las mismas con los principios y los fines del derecho disciplinario. Para ello, en el presente trabajo procuraremos hacer un análisis de cada medida correccional de la que está dotado el juez, con el fin de evaluar su aplicabilidad en el derecho disciplinario tomando como referentes los principios de proporcionalidad y racionalidad, de modo que su eventual aplicación no comporte un ejercicio de autoridad arbitrario.

² Sentencia Corte Constitucional C-092 de 1997.

1. Poderes correccionales del juez. Aplicación en el ámbito del derecho disciplinario

1.1. Origen

Podemos indicar como uno de los principales referentes históricos de los poderes correccionales asignados a las autoridades públicas en el derecho colombiano, los artículos 26 y 27 de la Constitución de 1886, que señalaban lo siguiente:

Artículo 26.- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

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

Artículo 27.- La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley.

1. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto, en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo.
(Subrayas nuestras).

A pesar de la aparente arbitrariedad que comportaba el castigo sin juicio previo a cualquiera que faltara al respeto a las autoridades, en los actos en los cuales ellas desempeñaban sus funciones, resulta interesante que fuese en la Constitución y no en la ley donde estuvieran previstos los poderes correccionales, y que estos no se hubieran limitado a los jueces, sino que todos los funcionarios que ejercían autoridad y estaban investidos de tales potestades, siempre que se emplearan en lo relacionado con sus funciones.

Esta tradición de respaldo normativo al respeto a la dignidad del juez y de la justicia ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional bajo los presupuestos de que el juez no se representa a sí mismo, sino al pueblo soberano, que ha depositado en aquel la facultad que le es propia de impartir justicia, lo que hace que “la relación no sea simétrica entre ciudadanos, sino asimétrica, entre estos y la majestad misma de la justicia a la cual se someten y le deben el máximo respeto y consideración; de ahí la gravedad de aquellos comportamientos que impliquen irrespeto, pues no solo se están

desconociendo los derechos del juez como individuo, sino los del pueblo representado en él”³

De este modo vemos cómo la Constitución y la ley han buscado dotar al juez de instrumentos que le hagan posible su labor y le permitan garantizar la eficiencia en la administración de justicia, el orden y la disciplina dentro de cada proceso. Siendo el juez la máxima autoridad del proceso, tiene la obligación de garantizar el normal desarrollo del mismo, a fin de obtener la realización de los derechos de quienes en él intervienen y de la sociedad en general, pues la labor de quien administra justicia trasciende el interés de las partes.

1.2. Definición

Los poderes correccionales del juez pueden entenderse, en principio, como una serie de facultades específicas que la ley otorga a los jueces como máximos directores y responsables del proceso, para imponer sanciones a los intervinientes en el mismo (abogados, auxiliares de la Administración, incluso particulares) que incurren en conductas descritas en la ley como atentatorias del orden y el normal desarrollo de la actuación procesal [sentencias Corte Constitucional (T-351 de 1993 y C-218 de 1996)]. En este nivel conceptual, el poder correccional y el disciplinario tienen un significado semejante, por lo cual a lo largo del trabajo se emplearan indistintamente.

1.3. Destinatarios

Los poderes disciplinarios del juez van dirigidos a ejercer corrección sobre las conductas atentatorias del normal desarrollo del proceso prohibidas por la ley en que incurren los intervinientes en el proceso, entendiendo la palabra interviniente en el sentido más genérico del término, como toda aquella persona que participa, de algún modo, en la actuación procesal.

Dentro de la doctrina se ha hecho la diferenciación entre las nociones de sujeto procesal y sujeto de actos procesales, a fin de distinguir entre las personas que intervienen permanentemente dentro del proceso y las que lo hacen solo en actos o diligencias particulares. “Dentro del concepto de sujeto de actos procesales quedarían comprendidos los peritos, los secuestres, los testigos y el vocero en materia penal, que es la persona que el sindicado puede designar en su representación, para que intervenga en el momento de concedérsele la palabra durante una audiencia”⁴.

³ Sentencia Corte Constitucional C-218 de 1996.

⁴ Sentencia Corte Constitucional C-1291 de 2001.

No obstante, la noción de interviniente es mucho más amplia; permite alcanzar no solo a aquellos con la calidad de partes o de sujetos procesales, sino también a las personas que tienen una participación meramente accidental, como puede ser por ejemplo el particular que asiste a una audiencia pública, o el empleador que impide a su trabajador la comparecencia al despacho judicial para rendir declaración.

Los poderes correccionales pueden ir dirigidos contra servidores públicos; no obstante, estos deben ser terceros ajenos a la instrucción misma del proceso, pues las irregularidades en que incurran los empleados subalternos del juez encargados de la tramitación del proceso, se encauzan por vía del procedimiento disciplinario propiamente dicho y no de la facultad correccional, en tanto estos actúan como empleados públicos dentro de la órbita de sus funciones. Ese fue el criterio tenido en cuenta por la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, para declarar la inexecutable del numeral 2 del artículo 58 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que concedía a los magistrados, fiscales y jueces la facultad correccional, en virtud de la cual podían sancionar a los funcionarios o empleados de sus dependencias que cometieran actos que atentaran contra la prestación normal del servicio y omitieran el cumplimiento de deberes inherentes al funcionamiento ordinario del despacho.

1.4. Titulares de los poderes disciplinarios correccionales

En el ámbito constitucional, y habiendo sido establecidos los poderes correccionales, entre otras razones, para preservar la dignidad de la justicia, podríamos hablar en sentido genérico de que todos aquellos que administren justicia serían titulares de tales facultades. Por ello, y de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, no solo los jueces adscritos a la Rama Judicial tendrían tales facultades, sino también los Jueces Penales Militares, el Congreso cuando actúa en función judicial, las autoridades administrativas en los eventos en que la ley les atribuye función judicial e incluso los particulares investidos transitoriamente para tal fin.

Desde una perspectiva puramente legal, el panorama es un poco más claro, ya que por expresa disposición de los artículos 58 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 143 del Código de Procedimiento Penal y 38 del Código de Procedimiento Civil, son los jueces y magistrados los titulares de los poderes correccionales, a quienes les han sido conferidos por el Legislador, para que en sus distintas ramas (civil, penal, administrativa, etc.) hagan prevalecer y preservar la dignidad de la justicia, así como la deferencia y respeto que merece el proceso y los que en él intervienen.

En el caso de los jueces y magistrados, la titularidad de los poderes correccionales no significa que aquellos puedan emplearlos según su conveniencia, pues el uso de tales herramientas está consagrado legalmente como un deber. Es así como el numeral 2 del artículo 139 de la Ley 906 de 2004 indica que son deberes especiales de los jueces, en relación con el proceso penal, “ejercer los poderes disciplinarios y aplicar las medidas correccionales atribuidos por este código, con el fin de asegurar la eficiencia y transparencia de la administración de justicia”. Igualmente, el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil impone al juez “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga” y también “prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal”.

Como ocurre con todo incumplimiento de deberes por parte del servidor público, y en este caso del juez, dicho comportamiento constituye falta disciplinaria, evento que está consagrado de manera explícita por el parágrafo del artículo 37 de la ley procesal civil, a saber: “La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario”.

En el derecho disciplinario, dentro de las medidas correccionales específicas que consagra la ley 734 de 2002 (quejoso temerario Art. 150 y testigo renuente Art. 139) no hay una relación clara del titular de las mismas. En el procedimiento adelantado al quejoso temerario se menciona que el “investigador” podrá imponer una multa hasta de 180 salarios mínimos legales diarios vigentes, una vez advertida la falsedad o temeridad de la queja, y luego del procedimiento establecido en la misma norma.

Para aclarar la titularidad de las potestades correccionales que otorga el CDU al investigador disciplinario, resulta pertinente y necesario precisar las nociones de delegación y competencia y su entendimiento dentro de la estructura de la Procuraduría General de la Nación; con relación a la competencia al interior de la PNG, el artículo 277 de la Constitución permite al Procurador General de la Nación ejercer a través de sus delegados y agentes las funciones allí descritas, entre ellas las de adelantar las investigaciones que se desprendan del ejercicio de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

Así mismo, el parágrafo del artículo 7 del decreto 262 de 2000 indica que las funciones consagradas en el Art. 277 de la C. N. para el Procurador

General 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.

Las funciones y competencias que en el decreto 262 de 2000 se atribuyen a las procuradurías delegadas, territoriales y judiciales se ejercerán si el Procurador General de la Nación resuelve asignarlas, distribuirlas o delegarlas en virtud de las facultades previstas en el artículo 7.

De este modo, podemos decir que los titulares de las potestades correccionales en el proceso disciplinario adelantado por la PNG son el Procurador, o los funcionarios de la Procuraduría a quienes este haya delegado en los términos del decreto 262 de 2000 para adelantar la respectiva investigación disciplinaria, que por regla general son los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales.

Sobre la noción de competencia de los funcionarios investigadores de la Procuraduría es importante indicar que la Corte Constitucional⁵ ha señalado que la competencia de la PNG en relación con el proceso disciplinario es una sola y general, distinta a la que opera en el ámbito jurisdiccional, y diferente a lo que ocurre aun en las Personerías y Oficinas de Control Interno Disciplinario, de modo que la única nulidad por incompetencia en la PGN es la que se genera al momento de fallar, y no dentro de la investigación, a saber:

“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 estos. 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”. Más adelante, el máximo Tribunal Constitucional agrega: “es claro que en virtud de la potestad de delegación que ostenta el Procurador General, este podría asignar la instrucción del proceso a cualquiera de sus agentes. La competencia disciplinaria de la Procuraduría, tal como se adelantó, es general”.

En efecto, de conformidad con la estructura jerárquica sobre la cual se levanta el control disciplinario de los servidores públicos, es posible se-

⁵ Sentencia Corte Constitucional C-181 de 2002.

ñalar 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, este 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, solo 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.

2. Naturaleza jurídica del Derecho Correccional

La noción de derecho correccional en otros países se asimila a derecho de menores, tal como ocurre con las legislaciones de Centroamérica y del sur del Continente, particularmente Argentina. Incluso en el mismo derecho colombiano, el derecho correccional ha tenido vinculación con la normativa punitiva de menores de edad. Por ello es necesario deslindar dónde se ubica lo correccional en el derecho colombiano, cuál es su vinculación con el “ius puniendi” y sus diferencias con las otras variantes del derecho sancionador. Sobre el tema, la Corte Constitucional ha localizado el derecho correccional como una variante del derecho sancionador de la siguiente manera:

El poder del Estado se traduce en una serie de atribuciones, facultades o competencias que se radican en cada una de las ramas del poder y que se materializan en la existencia de distintas funciones, que constituyen el instrumento para el cumplimiento de los cometidos estatales⁶. Una de

⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-214 del 28 de abril de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

las manifestaciones del poder del Estado es precisamente el sancionador, en sus modalidades: punitivo, contravencional o policivo, disciplinario, correccional o correctivo y tributario.

En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras, destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas, orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidos para garantizar el buen funcionamiento de la Administración y lograr una eficiente prestación del servicio genera una actuación positiva por parte del Estado, que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador.

Sobre el mismo tema, en sentencia C- 092 de 1997, el máximo Tribunal Constitucional hace precisiones sobre los poderes correccionales del juez, ubicándolos en el Derecho Administrativo Penal Disciplinario:

Se propone en la doctrina llamar al poder sancionador del Estado, en su manifestación administrativa, “derecho administrativo penal”, pues su esencia es administrativa, pero por tratarse del ejercicio de la potestad sancionadora, en buena medida sustraída al derecho penal, debe regirse por los principios inspiradores del derecho punitivo, para preservar la seguridad jurídica. Al respecto la Corte ha considerado que el ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 29 de la Carta puede ser restringido en el ámbito administrativo, pero debe respetarse siempre su contenido mínimo esencial. Aunque ello no significa que las orientaciones filosóficas, principios y reglas del Código Penal deban identificarse con las disciplinarias, pues entre ambas sanciones existen diferencias en cuanto al contenido, objeto y finalidad.

De acuerdo con la doctrina citada, el derecho administrativo penal se divide en *disciplinario*, integrado por las disposiciones que regulan ilícitos y sanciones administrativas, atribuidas a quienes infringen especiales deberes de lealtad y rectitud, que generalmente les vienen impuestos por una investidura pública; *económico*, que comprende las normas imponibles a quienes no ajustan su comportamiento socioeconómico a los intereses del Estado en su tarea de velar por el normal funcionamiento de todo el aparato económico en vista de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, con miras a lograr unas mejores condiciones de convivencia; *policivo*, normativa encaminada a tutelar el orden público, la tranquilidad,

la seguridad pública; la prevención de hechos punibles, asegurando de manera eficaz una buena prestación del servicio de policía y la debida conducción de los ciudadanos; por ejemplo, el Código de Policía; sobre salubridad pública; sobre transporte y tránsito terrestre, etc.

En el ámbito del derecho administrativo penal disciplinario se ubican los poderes disciplinarios del juez, en virtud de los cuales este impone sanciones disciplinarias a sus empleados y correccionales a los demás empleados o particulares. Tales poderes tienen por objeto dotarlo de “una serie de instrumentos que posibilitan su labor, sin los cuales le sería difícil mantener el orden y la disciplina, que son esenciales en espacios en los cuales se controvierten derechos y se dirimen situaciones en las que predominan conflictos de intereses...”.

En este punto no sobra recalcar que de una misma conducta se pueden desprender sanciones penales, disciplinarias, correccionales, fiscales y tributarias, sin que ello comporte una violación al principio del *non bis in idem*, en tanto estas tienen un contenido diferente y objetos de protección distintos, no excluyentes entre sí e impuestas por autoridades que pertenecen a jurisdicciones y órganos distintos.

Las sanciones correccionales, por su parte, son impuestas por el juez dentro “del poder disciplinario de que está investido como director y responsable del proceso, de manera que no tienen el carácter de ‘condena’, sino que son medidas que adopta excepcionalmente el funcionario, con objeto de garantizar el cumplimiento de sus deberes esenciales”. (Subrayas nuestras). (Sentencia Corte Constitucional C-620-2001).

De igual manera, podemos señalar una serie de presupuestos elementales para la aplicación de la sanción correccional como lo son:

- a) Que el comportamiento que origina la sanción correctiva constituya, por acción u omisión, una falta al respeto que se le debe al juez como depositario que es del poder de jurisdicción;
- b) Que exista una relación de causalidad entre los hechos constitutivos de la falta y la actividad del funcionario judicial que impone la sanción;
- c) Que con anterioridad a la expedición del acto a través del cual se impone la sanción, y con el fin de garantizar el debido proceso, el infractor tenga la posibilidad de ser oído y la oportunidad de aportar pruebas o solicitar la práctica de las mismas.

3. De los poderes correccionales en general y su aplicación por el funcionario que ostenta la potestad disciplinaria

Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia describen los poderes de los cuales está revestido el juez para dirigir el proceso y prevenir y remediar todo acto contrario a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe con que deben actuar los intervinientes en el mismo. Los poderes disciplinarios en las materias civil y penal difieren en razón a la naturaleza distinta de ambas ramas del derecho, evidenciando una mayor severidad en el ámbito penal, donde se privilegió el juicio oral y se facultó al director del proceso de una mayor cantidad de herramientas correccionales para asegurar la eficiencia y la transparencia de la administración de justicia, de manera principal dentro de la audiencia, instrumentos que van desde la amonestación y expulsión del recinto, hasta el arresto. El procedimiento civil, de otro lado, por su naturaleza privada y características de intervención mayoritariamente escrita, reviste a sus operadores de poderes semejantes, aunque menos drásticos como la devolución de escritos irrespetuosos y la expulsión de las diligencias a quienes perturban su curso.

Por su parte, la ley estatutaria de la Administración de Justicia definió una serie de facultades más genéricas que las previstas en los estatutos de procedimiento civil y penal denominadas “medidas correccionales”, de las cuales están investidos los jueces y fiscales, que luego de ser examinadas en juicio de constitucionalidad quedaron reducidas según el artículo 58 a sancionar a los particulares cuando estos les falten al respeto con ocasión del servicio o por razón de sus actos oficiales, y la de sancionar a cualquier persona cuando asuma comportamientos contrarios a la solemnidad que deben revestir los actos jurisdiccionales, o al decoro que debe imperar en los recintos donde estos se cumplen.

En el ámbito disciplinario, las medidas correccionales más representativas con las que faculta el Código Único Disciplinario al Operador Disciplinario son la multa al quejoso temerario, consagrada en el parágrafo 2 del artículo 150, y la multa al testigo renuente, consagrada en el artículo 139 del CDU. Debe advertirse de antemano que, a diferencia de los estatutos de procedimiento civil (art. 71) y penal (art. 140), donde existe un catálogo de los deberes de las partes e intervinientes en el respectivo proceso, la ley disciplinaria carece de dicha enumeración, la cual habría sido importante para reforzar la justificación de los poderes correccionales, pues como lo veremos más adelante, jurisprudencialmente se ha esbozado el

concepto de carga procesal en tanto el juez con la sanción correccional, además de garantizar el respeto por la dignidad y correcto funcionamiento de la justicia, está sancionando el incumplimiento de los deberes de los intervinientes en el proceso, los cuales están claramente señalados en las normas civiles y penales.

Nuestra hipótesis sobre la aplicación de los poderes disciplinarios del juez (civil y penal) por parte del operador disciplinario consiste, como ya se ha mencionado, en que algunos de ellos son aplicables en tanto se entienden compatibles con la naturaleza y los fines del mismo derecho disciplinario. Dicho análisis de compatibilidad exige un juicio de proporcionalidad y razonabilidad de cada medida en particular, de modo que su aplicación no se convierta en una sanción injusta para quien la recibe. Ello es viable, pues si bien el operador disciplinario no administra justicia en los términos del artículo 116 de la Constitución Política, sí la aplica en sentido material en sus decisiones. Igualmente, la dignidad y respeto que merecen el proceso disciplinario y los que lo aplican se encuentran en un nivel al menos semejante con el de los juicios civiles y penales y sus operadores. Así mismo, y a partir del principio de integración normativa consagrado en el artículo 21 del CDU, en lo no previsto en la ley disciplinaria es posible acudir a los Códigos de Procedimiento Penal y Civil, que sí regulan expresamente lo concerniente a las potestades correccionales.

Por ello procederemos, luego de considerar los poderes correccionales consagrados en la ley 734 de 2002, a analizar cada poder correccional del juez en particular, tomando como referencia la ley procesal civil, teniendo en cuenta que las sanciones previstas en este estatuto resultan a nuestro juicio las más proporcionales y compatibles con los fines del proceso disciplinario.

4. De los poderes correccionales en particular

4.1. El incumplimiento de las órdenes impartidas por el juez

El Código de Procedimiento Civil en su Artículo 39 numeral 1 faculta al juez para:

1. Sancionar con multas de cien a mil pesos a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución.

Las multas se impondrán por resolución motivada, previa solicitud de informe al empleado o particular. La resolución se notificará personalmente y contra ella solo procede el recurso de reposición. Ejecutoriada aquella, si no se consigna su valor dentro de los diez días siguientes, la multa se convertirá en arresto a razón de veinte pesos por día, sin exceder de veinte días.

Las multas serán a favor de la Caja Nacional de Previsión, salvo disposición en contrario, y su cuantía y tasa de conversión en arresto serán revisadas periódicamente por el Gobierno.

Cuando las multas por el incumplimiento de órdenes del Juez tienen como destinatarios a los empleados de su dependencia, tales sanciones están revestidas de una naturaleza eminentemente disciplinaria, en tanto el trabajador que incumple las órdenes de su superior está quebrantando su deber funcional. Dichos razonamientos, como se ha mencionado antes en este trabajo, fueron tenidos en cuenta por la Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 1996, para declarar la inexequibilidad del numeral 2 del artículo 58 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que concedía a los funcionarios judiciales la facultad correccional de sancionar a los empleados de sus dependencias que cometieran actos que atentaran contra la prestación normal del servicio y omitieran el cumplimiento de deberes inherentes al funcionamiento ordinario del despacho.

En tal sentido no vemos que sea aplicable al ámbito disciplinario el poder correccional del juez de multar a los empleados públicos que incumplen sus órdenes, pues para ello justamente debe adelantarse un proceso disciplinario que permita comprobar las circunstancias en las que tal funcionario haya incumplido su deber funcional.

Debe aclararse que la multa en sí misma está prevista como sanción correccional en la ley disciplinaria, pero bajo expresas circunstancias como lo son la falsedad o manifiesta temeridad de la queja comprobada por el investigador (parágrafo 2 del artículo 150 de la ley 734 de 2002), o en el caso del testigo renuente descrito en el artículo 139 del CDU. Estimamos que no existen elementos jurídicos suficientes que permitan aplicar dicha modalidad de sanción correccional a otros supuestos de hecho en el ámbito disciplinario, so pena de entrar en un difícil conflicto con el principio de legalidad, sin una suficiente fundamentación.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal prevé el arresto incommutabile hasta por 5 días para quien “desobedezca las órdenes impartidas por el

(juez) en el ejercicio de sus atribuciones legales”. La ley 906, como vemos, no se refiere como destinatarios de la sanción correccional a los servidores públicos, sino a cualquier interviniente en sentido genérico y a diferencia de la multa prevista por el C.P.C. para el incumplimiento de órdenes del juez, establece directamente el arresto como medida disciplinaria.

4.2. La falta de respeto hacia el juez

El numeral segundo del artículo 39 del C.P.C. establece:

2. Sancionar con pena de arresto inmutable, hasta por cinco días, a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Para imponer esta pena será necesario acreditar la falta con certificación de un empleado de la oficina que haya presenciado el hecho, con prueba testimonial o con copia del escrito respectivo.

El arresto se impondrá por medio de resolución motivada, que deberá notificarse personalmente y solo será susceptible del recurso de reposición.

Ejecutoriada la resolución, se remitirá copia de ella al correspondiente funcionario de policía del lugar, quien deberá hacerla cumplir inmediatamente.

Consideramos que la imposición de la sanción de arresto, por regla general, es privativa de la autoridad judicial, en tanto el artículo 28 de la Constitución Política establece que ninguna persona puede ser reducida a prisión o arresto, sino en virtud de “mandamiento escrito de autoridad judicial competente con las formalidades legales y por motivo plenamente definido en la ley”. Solo por circunstancias excepcionales se ha admitido la posibilidad de que autoridades administrativas impongan dicha clase de sanciones, como por ejemplo en el caso de la declaratoria de constitucionalidad condicionada del artículo 28 transitorio de la Carta Política, que facultaba a las autoridades de policía el conocimiento de los hechos punibles con sanciones de arresto, y ello solo en tanto el Legislador expidiera la normativa que regulara la materia⁷.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1996.

Estimamos que el arresto como sanción privativa de la libertad no es compatible con la naturaleza misma del derecho disciplinario, el cual, “como rama esencial al funcionamiento del Estado “está 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”. (Sentencia C-181 de 2002 Corte Constitucional).

4.3. La devolución de escritos irrespetuosos

La ley procesal civil faculta a su operador para:

3. Ordenar que se devuelvan los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros.

Consideramos que este es uno de los poderes correccionales del juez, que por su naturaleza puede ser aplicable al proceso disciplinario, en tanto no constituye en estricto sentido una sanción comparable a la multa o el arresto, sino que en materia civil la medida se consuma en la simple devolución del escrito, y se ampara en el deber de respeto para con las autoridades y demás intervinientes que participan en las diligencias y para con el proceso mismo. Dicho deber existe tanto en el ámbito judicial como en el disciplinario. La deferencia y buena fe con que deben contar las intervenciones escritas que realicen las personas dentro del trámite procesal, ha sido entendida por la jurisprudencia⁸ como una “carga procesal” para los intervinientes, que por el hecho de ser incumplida autoriza al juez, y en nuestro caso al director del proceso, a devolver dichos escritos. En el ámbito civil, la naturaleza de carga procesal del deber de respeto es notoria, en tanto el artículo 71 del C.P.C. impone a las partes y sus apoderados:

1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.
2. Obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales.
3. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de este, a las partes y a los auxiliares de la justicia.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-544-99.

Así mismo, en la ley procesal penal la imposición de deberes de respeto a los intervinientes como carga procesal está recogida en el artículo 140, lo cual obedece a los mismos parámetros señalados por el C.P.C. de proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos y abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones. No se incluye expresamente la prohibición de emplear expresiones injuriosas en los escritos, y ello es entendible en tanto el juicio penal está orientado a las intervenciones orales.

Por tratarse del quebrantamiento de uno de los más elementales deberes de los intervinientes, que ronda con la cívica y las normas básicas de cortesía, no exige un proceso previo. El juez tiene cierta discrecionalidad para definir en qué casos los escritos son irrespetuosos; no obstante, el agravio escrito debe ser evidente y el análisis del juez requiere contar con los elementos de objetividad e imparcialidad y estar basado en los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Sobre el asunto la Corte Constitucional en sentencia T-544/99 precisó lo siguiente:

- La determinación acerca de cuándo un escrito es inadmisibles, por considerarse irrespetuoso, corresponde al discrecional, pero ponderado, objetivo, juicioso, imparcial y no arbitrario juicio del juez, pues las facultades omnímodas e ilimitadas de este para rechazar escritos que pueden significar muchas veces la desestimación in límine del recurso afectan el derecho de defensa, el debido proceso y el acceso a la justicia. En tal virtud, estima la Sala que los escritos irrespetuosos son aquellos que resultan descomedidos e injuriosos para con los mencionados sujetos, de manera ostensible e incuestionable y que superan el rango normal del comportamiento que se debe asumir en el curso de un proceso judicial, aun en los eventos de que quienes los suscriben aprecien situaciones eventualmente irregulares o injustas, generadas en desarrollo de la actividad judicial. Es posible igualmente que a través de un escrito se pueda defender con vehemencia y ardencia una posición, pero sin llegar al extremo del irrespeto.

Si bien el procedimiento para la devolución de los escritos no exige el rigor de un proceso previo, debe garantizar la publicidad, permitiéndole al interviniente, a quien se le devuelve el escrito, notificarse de la decisión de devolución y respetar el derecho de contradicción, facilitándole interponer el recurso correspondiente, que para el caso particular es el de reposición.

No son pocas las ocasiones en que en el ámbito disciplinario el investigador es objeto de agresiones escritas que trascienden el espacio de lo jurídico y constituyen reconversiones personales ignominiosas, que si bien no son merecedoras de una investigación penal, tampoco deben quedar impunes ni figurar en el expediente, pues evidencian un claro irrespeto por la labor que adelantan los empleados con funciones disciplinarias de la Procuraduría. Una cosa es la pasión y vehemencia con que el apoderado o incluso el mismo disciplinado defienda una determinada posición jurídica, y otra, la agresión de la autoridad como persona, pues a pesar de que en muchos casos es razonable que no se comparta el punto de vista legal de quien instruye el proceso, el convencimiento del operador se produce a través de la argumentación jurídica.

Por la naturaleza misma de la sanción en cuanto comporta la devolución del escrito sin medidas adicionales como la multa o el arresto, consideramos que puede ser aplicable al ámbito disciplinario en el cual sus operadores, como funcionarios públicos, encarnan la autoridad estatal y merecen todo el respeto por ostentar dicha calidad y por la naturaleza misma del proceso disciplinario, que busca el correcto y eficiente cumplimiento de la función pública. Estimamos entonces que la decisión por medio de la cual se ordena la devolución del escrito irrespetuoso por parte del operador disciplinario debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Estar debidamente motivada. Dicho requisito elimina el riesgo de arbitrariedad y permite evidenciar a través de elementos objetivos, los criterios tenidos en cuenta por quien decide para calificar el escrito de irrespetuoso.
- b) Provenir del delegatario del Procurador General de la Nación (Procurador Delegado, Regional o Provincial), por constituir los agentes del Procurador el “alter ego” del supremo Jefe del Ministerio Público, son ellos en quienes radica la competencia para adelantar la respectiva investigación y definir y decidir la devolución de un escrito por considerarlo irrespetuoso.
- c) Garantizar la adecuada publicidad a través de la notificación personal de la decisión.
- d) Permitir el recurso de reposición ante la misma autoridad que profirió la decisión.

4.4. El comportamiento indebido en audiencias y diligencias

El Código de Procedimiento Civil, con respecto a este comportamiento, señala:

4.- Expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben el curso.

Estimamos que este poder de expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso es aplicable al ámbito disciplinario, como se dijo en el caso de la devolución, de los escritos irrespetuosos, por la naturaleza misma de la sanción, que no comporta medidas adicionales al mero retiro del recinto. Dicha sanción es compatible con los fines y principios de la actividad disciplinaria, en tanto permite al operador disciplinario garantizar la solemnidad y respeto que merecen las diligencias, particularmente en audiencia verbal, y las pruebas testimoniales, y además no impone a quien es objeto de la misma un castigo o corrección desproporcionados.

En el caso de la ley procesal penal, el juez está investido de cinco posibilidades distintas de actuación correccional frente a la conducta contraria a la solemnidad de la audiencia o diligencia, las cuales puede aplicar de manera proporcional y razonada, de acuerdo con la gravedad de la conducta, a saber: a) la amonestación; b) el desalojo; c) la restricción del uso de la palabra; d) la multa hasta por 10 salarios mínimos legales mensuales; e) arresto hasta por cinco días.

Por las razones antes expuestas, entendemos que serían aplicables para el derecho disciplinario solo las dos primeras opciones descritas, como lo son la amonestación (entendida esta como reconvención verbal) y el mero desalojo. Incluso resulta más ajustado al juicio de proporcionalidad y razonabilidad de la medida correccional la opción planteada por la ley procesal penal, la cual brinda la posibilidad que de manera previa a la toma de la decisión de desalojo se haya reconvenido al interviniente irrespetuoso, con el fin de que modifique su conducta, de modo que la reconvención previa entraría a formar parte del acervo probatorio que justifique la medida de retiro del recinto.

El Código de Procedimiento Civil no describió un procedimiento para esta medida correccional, en tanto la conducta irrespetuosa dentro de la audiencia o diligencia solo permite la sanción de expulsión del recinto, la cual entraría a operar “de facto” una vez ocurrido el incidente. La Ley 906 de 2004, al contemplar cinco posibilidades de sanción distintas, consagró un procedimiento exclusivamente para las dos más graves, esto es, cuando el juez decide imponer multa o arresto, en cuyo caso debe darse oportunidad al infractor para que exprese las razones de su oposición si las hubiere, y en el caso de ser sancionado, que pueda solicitar la reconsideración de la medida.

Estimamos que la medida correccional de expulsión del recinto opera de hecho, por lo cual el único procedimiento previo para la toma de esta decisión es la comprobación de que el asistente a la diligencia ha perturbado el normal curso de la misma y se resiste a modificar su conducta, razón por la cual es razonable que exista una reconvención o amonestación previa de llamamiento al orden en los casos en que ello sea posible.

4.5. Obstaculización por parte del empleador al cumplimiento de citaciones hechas por el juez al empleado

El juez civil tiene como poder correccional el siguiente:

5. Sancionar con multas de cien a mil pesos a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados, para rendir declaración o atender cualquier otra citación que el juez les haga”.

Se trata de un poder correccional cuya ocurrencia se presenta con mayor regularidad en el juicio laboral, advirtiéndose que sus destinatarios no son por regla general intervinientes directos en el proceso, sino los patronos o representantes legales que buscan obstruir la asistencia de sus empleados a las diligencias ordenadas por el juez. En el juicio civil, la negativa a colaborar con la práctica de pruebas y diligencias tiene consecuencias procesales, si tenemos en cuenta que dentro de los deberes que la ley impone a las partes e intervinientes se encuentran los de “concurrir al despacho cuando sean citados por el juez y acatar sus órdenes en las audiencias y diligencias” y “prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra”. (Art. 71 C.P.C.).

En el proceso penal no existe esta causal expresamente, sino una dirigida en términos genéricos a “quien impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal”. En la ley 600 de 2000 se describía un poco mejor la conducta en el sentido de que la prohibición cobijaba a aquel que “no preste la colaboración para la realización de cualquier prueba o diligencia durante la actuación procesal” (Art. 144 numeral 3).

Dentro del proceso disciplinario no es extraño que algún empleador o representante legal obstaculice el trámite de las diligencias impidiendo que uno de los trabajadores acuda a rendir testimonio dentro de las respectivas

diligencias. No obstante, el mismo CDU dota a los investigadores disciplinarios de herramientas que si bien no son correccionales, permiten reprimir esta clase de comportamientos por la vía ordinaria disciplinaria, en tanto que “obstaculizar en forma grave las investigaciones que realicen las autoridades (...) de control” constituye una falta disciplinaria gravísima. Esta razón, sumado a lo ya dicho sobre la dificultad de aplicar multas y arrestos en el ámbito disciplinario por faltas correccionales, hace que no consideremos viable la aplicación de esta medida.

4.6. Otros poderes correccionales en el ámbito procesal penal

Tanto la ley 600 de 2000 como la 906 de 2004 dotaron al juez penal de una serie de robustas potestades correccionales tendientes a disuadir al interviniente de maniobras irrespetuosas, dilatorias o contrarias a la dignidad que ostenta la Administración de Justicia. Por ello, conductas como la solicitud de pruebas manifiestamente inconducentes o impertinentes que en el ámbito disciplinario darían lugar exclusivamente a la negatoria de las mismas (artículo 132 del CDU), en el juicio penal pueden dar origen a multa de 1 a 10 salarios mínimos. Igual ocurre con la temeridad o mala fe de los intervinientes dentro del proceso disciplinario, pues salvo las medidas correccionales del quejoso temerario o el testigo renuente, las actuaciones de mala fe de los demás intervinientes procesales quedan impunes, a no ser que se trate de un caso extremo que amerite compulsión de copias a la autoridad penal o al Consejo Superior de la Judicatura.

5. Los poderes correccionales de la ley disciplinaria

5.1. Queja temeraria

Revisada la codificación actual disciplinaria, se encuentra regulada en los parágrafos 1 y 2 del art. 150 de la Ley 734 de 2002 la figura de la queja temeraria, en los siguientes términos:

“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 incorrecta o difusa, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna.

Parágrafo 2. Advertida la falsedad o temeridad de la queja, el investigador podrá imponer una multa hasta 180 salarios mí-

nimos legales diarios vigentes. La PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, o quien ejerza funciones disciplinarias, en los casos en 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”.

La figura de quejoso temerario no se contemplaba en el estatuto disciplinario anterior (Ley 200 de 1995), y es novísima en la regulación disciplinaria, la que a nuestra manera de ver es importantísima como mecanismo de control respecto de aquellas quejas vacías de contenido, tendenciosas y que a lo sumo en no pocas oportunidades buscan generar injustificados perjuicios a los servidores públicos contra quienes se dirigen, por su posible condición de contrincantes políticos, animadversión a jefes o superiores de quien instaura la queja o viceversa o simplemente de quien en razón del deber legal no le es posible acceder a los pedimentos o solicitudes requeridos por alguien, ello, con la grave consecuencia de congestionar los entes disciplinantes como las Personerías, oficinas de Control Interno y la Procuraduría General de la Nación.

Ante un panorama tan desolador como este, el operador disciplinario al momento de evaluar la queja y de recaudar algunas piezas probatorias que le indican que no hay fundamento mínimo para iniciar o proseguir la acción disciplinaria, se encuentra ante la única y posible decisión, que es la de emitir un AUTO INHIBITORIO, pero antes de ello, cuánto esfuerzo humano y de recursos físicos se tuvieron que desplegar con los consecuentes costos que ello genera.

Si a la decisión inhibitoria se llega por encontrar que la queja se refiere a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera incorrecta o difusa, de suyo amerita dicha decisión como mecanismo de autocontrol del Estado, pero si a ella se llega como producto de la falsedad o temeridad, entendida esta como actuación sin fundamento, causa o razón, con el fin de causar daño en la honra de la persona, de dilatar o entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso⁹, creemos que la sanción impuesta de manera incidental en el marco del proceso disciplinario debe ser complementada con la acción penal por falsedad de testi-

⁹ Sentencia T-327 de agosto 12 de 1993, mencionada por el Dr. Esiquio Manuel Sánchez Herrera en su obra “Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario”.

monio en caso de que la queja se hubiere presentado bajo juramento, posible incursión en delitos de injuria y calumnia como consecuencia de violentar el principio de TRANSPARENCIA¹⁰ que informa a la indagación preliminar y que hace alusión a la responsabilidad que la Ley disciplinaria le impone al quejoso.

En razón de la irresponsabilidad con la cual el quejoso pone en movimiento el aparato disciplinador del Estado, no basta con la sola decisión de inhibirse, y es donde aparece la potestad correccional del Estado de poderle imponer a ese quejoso una sanción previo un trámite incidental que se inicia justamente con la compulsación de copias que ordena el disciplinador con base en el trámite que dio lugar a la decisión inhibitoria, luego se cita al quejoso para escucharlo en audiencia sobre el sustento que lo llevó a instaurar la queja, posterior a esta diligencia se valora por parte del disciplinador si los argumentos expuestos justifican o no suficientemente la interposición de la queja. De encontrarse justificada, se archiva el trámite incidental; en caso contrario, se emite la Resolución que impone la respectiva sanción, la cual puede ser de hasta ciento ochenta (180) salarios mínimos legales diarios vigentes, los cuales por aplicación análoga del art.173 del CDU, que regula el pago de la multa de una sanción disciplinaria, debe pagar el quejoso sancionado en el término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la Resolución que impone la sanción y allegar la consignación en dicho periodo a favor del Tesoro Nacional; de no hacerlo, se inicia el trámite de Jurisdicción Coactiva en el Ministerio de Hacienda; y de no poderse obtener el pago por esa vía, debe acudir ante las autoridades judiciales competentes como consecuencia de la responsabilidad patrimonial indicada en el inciso 3, del art. 69 de la Ley 734 de 2002. Sobre este trámite incidental es necesario resaltar que no constituye antecedente disciplinario y tiene sólo recurso de apelación, salvo que sea impuesta por el Procurador General de la Nación, toda vez que no hay instancia superior a él. Un modelo de Resolución para imponer multa al quejoso temerario se encuentra en las páginas 208 a 211 del texto jurídico “Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario” del profesor Esiquio Manuel Sánchez.

¹⁰ Principio de Transparencia: alude a que quien formula la queja o la *notitia criminis* asume el deber de hacerlo con absoluta responsabilidad, pues de hacerlo con falsedad o temeridad, podrá ser merecedor de una multa de hasta 180 salarios mínimos legales mensuales vigentes, previo el trámite incidental que señala la Ley. No es necesario que se produzca una condena penal que determine la falsa denuncia para que proceda la imposición de la multa; en la decisión inhibitoria, el operador jurídico debe hacer un juicio pronóstico en el que señale los motivos por los cuales considera que la queja es falsa o temeraria, y así poder instar el procedimiento para la imposición de la sanción pecuniaria. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Dr. Esiquio Manuel Sánchez Herrera, p. 59.

En relación con la sanción, nótese cómo además de ser en salarios mínimos legales diarios, se utiliza el término de “hasta” ciento ochenta, lo cual da la posibilidad de que la sanción pueda ser tasada en ese límite; no obstante, la norma no trae criterios que le permitan al disciplinador fijar con justicia la correspondiente sanción, ante lo cual creemos conveniente que se emita la reglamentación que en tal sentido corresponda, porque de lo contrario quedaría a la discrecionalidad del operador disciplinario.

Finalmente, consideramos que la potestad de promover el incidente por queja temeraria no solo es del funcionario o ente disciplinador que tramita las diligencias disciplinarias, sino que este puede nacer con ocasión de la solicitud o petición de la persona contra quien se dirigió la queja, además de la Procuraduría cuando actúa como sujeto procesal en los trámites disciplinarios.

Igualmente, consideramos que dicho incidente sólo puede darse en la etapa previa a la iniciación de la indagación preliminar o en ella, mas no en la etapa de apertura de investigación, toda vez que si se llega hasta este estadio procesal, se tendría como mínimo identificado al posible autor de la falta y establecida con gran posibilidad la existencia de una conducta ante la cual ya no sería posible inhibirse frente a los hechos de queja.

5.2. Sanción correccional al testigo renuente

Dispone la ley disciplinaria en el Art. 139 que

“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.

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. Esta norma no se aplicará a quien esté exceptuado constitucional o legalmente del deber de declarar.

En relación con los incisos 1º y 4º de la norma, tiene aplicabilidad lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-280 de 1996, al pronunciarse sobre el art. 52 de la Ley 200 de 1995, norma esta de contenido similar al de los apartes indicados, declaró la exequibilidad condicionada 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 las pruebas.

De lo anterior se tendría entonces que el testigo que no comparece o se muestra renuente a comparecer sin justificación alguna, pese a haber sido debidamente citado, ello es, que se pueda probar que el testigo tuvo conocimiento de la diligencia a la que debía asistir de manera oportuna y que por su capricho no comparece, es destinatario de la sanción de multa de cincuenta salarios mínimos diarios vigentes para la época en que debió asistir a la diligencia de testimonio, la cual deberá imponerse por el competente disciplinario mediante Resolución motivada. En este caso tendrían que estar dados entonces los siguientes elementos:

- a) Existencia de una citación previa, oportuna y debidamente dada a conocer al destinatario de la misma, es decir, al testigo.
- b) Que el testigo sea un particular, toda vez que si se trata de un funcionario público, estaría inmerso en otras causales disciplinarias, en especial aquella de obstaculizar las investigaciones.
- c) Inexistencia de una justificación o que habiéndola no fuese allegada en el término de tres días a la fecha en que se debió llevar a cabo la diligencia.

Para la imposición de la multa, no se trae un trámite dispendioso; creemos que bastaría estar demostrados los elementos anteriores para que el competente emita la respectiva Resolución sancionatoria, sin que con ello se libere al testigo de la obligación de declarar, valga sí anotar que el funcionario comisionado no tendría la potestad, salvo facultad expresa de imponer la multa, pues a este le correspondería dejar las constancias de no comparecencia del testigo debidamente citado. Ante tal decisión, que tendría el carácter de interlocutoria, cabe el recurso de reposición, el cual entonces habrá de interponerse por escrito ante el funcionario que emitió la Resolución sancionadora, hasta el vencimiento de los tres días siguientes a la última no-

tificación; no obstante como en este caso sólo se le notifica al sancionado, diríamos que el término para interponer el recurso es dentro de los tres días siguientes a su notificación; ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 111, 112, 113 y 114 de la Ley 734 de 2002.

Por el contrario y dado el carácter de urgencia o necesidad de obtener la prueba y de que la misma se pierda, se admite la conducción del testigo por la fuerza pública, siempre y cuando el proceso se tramite en la Procuraduría y creemos incluso que en razón de esa misma urgencia y necesidad de preservar la prueba, esta puede ser dispuesta aun por el funcionario comisionado que tiene justamente como objeto de la comisión obtener dicha prueba testimonial. En tratándose de otro tipo de pruebas, se debe acudir incluso a las funciones de policía judicial que posee la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, de conformidad con lo normado en los arts.136 y 148 ibídem.

6. Conclusiones

a) Los poderes correccionales del juez pueden entenderse en principio como una serie de facultades específicas que la ley otorga a los jueces como máximos directores y responsables del proceso, para imponer sanciones a los intervinientes en el mismo (abogados, auxiliares de la Administración, incluso particulares) que incurren en conductas descritas en la ley como atentatorias del orden y el normal desarrollo de la actuación procesal (sentencias Corte Constitucional T-351 de 1993 y C-218 de 1996). En este nivel conceptual, poderes, medidas y potestades correccionales se emplean como sinónimos.

b) Las medidas correccionales se ubican, en cuanto a su naturaleza jurídica, dentro del denominado “derecho administrativo penal disciplinario”, ya que si bien sus elementos característicos son administrativos, por tratarse del ejercicio de la potestad sancionadora, debe regirse por los principios del derecho punitivo, que, aunque restringidos en este específico ámbito, se orientan a la luz del artículo 29 de la Constitución Política y bajo los principios de racionalidad y proporcionalidad.

c) Los poderes disciplinarios del juez van dirigidos a ejercer corrección sobre las conductas atentatorias del normal desarrollo del proceso prohibidas por la ley en que incurren los intervinientes en el proceso, entendiendo la palabra interviniente, en el sentido más genérico del término, como toda aquella persona que participa de algún modo en la actuación procesal.

d) La hipótesis que aborda el trabajo sobre la aplicación de los poderes disciplinarios del juez (civil y penal) por parte del operador disciplinario consiste en que algunos de ellos son aplicables en tanto se entienden compatibles con la naturaleza y los fines del mismo derecho disciplinario. Dicho análisis de compatibilidad exige un juicio de proporcionalidad y razonabilidad de cada medida en particular, de modo que su aplicación no se convierta en una sanción injusta para quien la recibe. Ello es viable, pues si bien el operador disciplinario no administra justicia en los términos del artículo 116 de la Constitución Política, sí la aplica en sentido material en sus decisiones. Igualmente, la dignidad y respeto que merecen el proceso disciplinario y los que lo aplican se encuentra en un nivel al menos semejante con el de los juicios civiles y penales y sus operadores. Así mismo, y a partir del principio de integración normativa consagrado en el artículo 21 del CDU, en lo no previsto en la ley disciplinaria, es posible acudir a los códigos de Procedimiento Penal y Civil, que sí regulan expresamente lo concerniente a las potestades correccionales.

e) Las dos medidas correccionales de los jueces civiles y penales más claramente aplicables en el derecho disciplinario son las de expulsión por comportamiento indebido en audiencias y diligencias y la devolución de escritos irrespetuosos. Se estima que este poder de expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso es aplicable al ámbito disciplinario, por la naturaleza misma de la sanción, que no comporta medidas adicionales al mero retiro del recinto. Dicha sanción, es compatible con los fines y principios de la actividad disciplinaria, en tanto permite al operador disciplinario garantizar la solemnidad y respeto que merecen las diligencias particularmente en audiencia verbal y las pruebas testimoniales, y además no impone a quien es objeto de la misma un castigo o corrección desproporcionado, injusto o innecesario. Igual ocurre con la orden de devolver escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros, pues no constituye en estricto sentido una sanción, comparable a la multa o el arresto, sino que la medida se consuma en la simple devolución del escrito, y se ampara en el deber de respeto para con las autoridades y demás intervinientes que participan en las diligencias y para con el proceso mismo, y dicho deber existe tanto en el ámbito judicial como en el disciplinario. La deferencia y buena fe con que deben contar las intervenciones escritas que realicen las personas dentro del trámite procesal han sido entendidas por la jurisprudencia¹¹ como una “carga procesal” para los intervinientes, que por el hecho de ser incumplida autoriza al juez, y en nuestro caso al director del proceso, a devolver dichos escritos.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-544-99.

f) Con relación a las medidas correccionales no previstas en la ley disciplinaria que implican sanciones de arresto o multa, consideramos que el juicio de proporcionalidad y razonabilidad en tales casos resulta negativo, de modo que es difícil argumentar que el operador disciplinario pueda aplicarlas, toda vez que tales medidas implicarían sanciones desmedidas y entrarían en pugna con el principio de legalidad.

El Procedimiento Verbal

Por JESUALDO VILLERO PALLARES¹

El proceso verbal es un procedimiento especial creado por el legislador para imprimirle mayor celeridad al trámite de los procesos disciplinarios; por ello concibió esta herramienta legal y dinámica que permitiera dar respuesta oportuna a la sociedad cuando aún el eco de los efectos de la conducta irregular resuena en la ciudadanía. Este fue el criterio que inspiró este procedimiento²; empero, es un procedimiento informado de todas las garantías inherentes a la persona humana que podrá terminar con sanción, siempre que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza respecto de la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado³; en caso contrario, se impone la absolución del procesado.

Observemos pues la reglamentación que en tratándose del procedimiento verbal realizó el legislador en la Ley 734 de 2002.

1. Eventos en que se debe adelantar el procedimiento verbal⁴

1.1.- 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 (flagrancia).

¹ Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa.

² Código Disciplinario Único, Doctrina de la PGN, Tomo II, pp. 385, 386.

³ Así lo pregona el artículo 142 de la Ley 734 de 2002.

⁴ El artículo 175 del CDU señala en qué eventos procede este trámite.

1.2.- Cuando haya confesión⁵.

1.3.- Cuando la falta sea leve⁶.

1.4.- Cuando se trate de las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 de la Ley 734 de 2002⁷.

1.5.- 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 audiencia⁸, denominada

⁵ “La confesión ha de ser entendida como la nuda aceptación de los hechos y de la responsabilidad en el hecho antinormativo” (José Fernando Reyes Cuartas, p. 86, Régimen Disciplinario, publicación del IEMP). Entiéndase también como la voluntaria aceptación respecto de la autoría o participación –el artículo 23 del CDU señala que *“Es autor quien cometa la falta o determine a otro a cometerla (...)”*– en la comisión del ilícito disciplinario. Ahora bien, como quiera que el artículo 92 del CDU, establece cuáles son los derechos del investigado, enlistándose allí *“Acceder a la investigación”* y/o *“Designar defensor”*, a la vez que el artículo 93 ejusdem regla que *“Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero”*; ello significa que el implicado podrá comparecer al proceso por sí mismo y ejercer su defensa, o por medio de apoderado; implica ello que, en sentir nuestro, la confesión en el proceso disciplinario no requiere el rigorismo de que aquel se haga asistir por abogado; basta que se le informe oportunamente del derecho que le asiste a no declarar contra sí mismo –artículo 29 de la C.P.–, que la confesión sea espontánea, consciente, voluntaria, libre de todo apremio; empero, de la confesión se desprenderán pruebas que necesariamente el funcionario de conocimiento habrá de recepcionar, en punto de aunar en ella y establecer la veracidad de la confesión; aspecto que le permitirá llegar a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado, justo lo pregona el artículo 142 del CDU, como impositivo para proferir fallo sancionatorio. Recuérdese que el artículo 129 ibidem enseña que *“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”*.

⁶ El artículo 43 de la Ley 734/02 señala cuáles son los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, tales como el grado de culpabilidad, la naturaleza esencial del servicio, el grado de perturbación del servicio, la jerarquía y mando que el servidor tenga en la respectiva institución, la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, los motivos determinantes del comportamiento, cuando la falta se realice con la intervención de varias personas (particulares o servidores públicos).

⁷ Acá se enlistan los 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. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1076-02, declaró exequible este aparte, al considerar que, dada la naturaleza especial de estas conductas, se justifica que el legislador haya establecido para las mismas el trámite verbal y no el ordinario.

⁸ El artículo 162 ibidem establece que el funcionario de conocimiento formulará cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del implicado. No obstante, tal requisito no opera de igual forma cuando se está frente a la flagrancia, pues esta sería suficiente para la convocatoria; de igual manera, frente a la confesión (este criterio lo expone el doctor Esiquio Manuel Sánchez Herrera, Procurador Delegado para la Sala Disciplinaria, en *Procurando* No. 48, septiembre de 2006, p. 383).

también “*la causal del soporte probatorio para proferir pliego de cargos*”⁹. Acá aclaramos que como quiera que no en todos los eventos el proceso se inicia con indagación preliminar, sino que si se cuenta con la identificación del presunto autor de la falta, de conformidad con el artículo 152 del CDU, lo procedente es iniciar investigación disciplinaria, ello no es óbice para que el proceso se tramite bajo la cuerda del procedimiento verbal, esto es, que en vez de proferir pliego de cargos, lo procedente sería citar a audiencia pública, bajo el presupuesto del auto de citación a audiencia, que deberá contener la imputación de la conducta inferida de las pruebas recogidas en el período de investigación¹⁰.

Así las cosas, el funcionario de conocimiento deberá sustentar, lo suficientemente motivada, por cuál de estas causales o eventos se está citando a audiencia, señalando inequívocamente que su convocatoria se compadece específicamente con una cualquiera de las eventualidades del artículo 175 de la Ley 734 de 2002.

2. Competencia para su aplicación¹¹

Son competentes para adelantar el procedimiento verbal:

2.1. La Procuraduría General de la Nación.

2.2. Las Oficinas de Control Interno Disciplinario.

2.3. Las Personerías Distritales y municipales conforme a sus competencias.

⁹ Así la describe el Dr. Esiquio Manuel Sánchez Herrera; artículo citado.

¹⁰ Ya dijimos que la filosofía que inspiró al legislador para concebir este procedimiento fue la celeridad, la agilidad; dar una respuesta oportuna a la ciudadanía cuando aún los efectos de la falta impactan en la sociedad; por ello, cuando el funcionario de conocimiento advierta que se encuentra ante una de esas conductas, de inmediato deberá disponer indagación preliminar o investigación disciplinaria, según el caso, en punto de recepcionar las pruebas, en términos lo más ágiles y rápidos posibles, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 91, inciso final, CDU, “*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 surtia dicho trámite de notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite el disciplinado*”. Lo anterior conviene aclararlo, pues en ocasiones se cree que hasta tanto se surta la notificación, no se podrá acopiar pruebas, postura no conforme a la ley.

¹¹ Cf. Artículo 176 CDU.

3. Del procedimiento

3.1. Citación a audiencia

Establecida la procedencia o aplicación de este procedimiento, se citará a audiencia al implicado, para que en el término *improrrogable* de dos (2) días rinda versión verbal o escrita respecto de la comisión de la falta. Habida cuenta que creemos que esta citación se asemeja al pliego acusatorio, debe surtirse la notificación personalmente, conforme lo estipula el artículo 186¹² ibídem, cuyo texto dispone que “La decisión que cita a audiencia se notificará personalmente al servidor público investigado, dentro de los dos días siguientes”¹³. De no comparecer el implicado, se surtirá la notificación por edicto, de conformidad con el inciso 2º de esta disposición¹⁴; de no comparecer durante el término de fijación del edicto, se le designará defensor de oficio, a quien se le notificará la decisión y con quien se continuará el procedimiento.

Ahora bien, debe entenderse que la citación a audiencia contiene la imputación del cargo o cargos que conforme a las pruebas obrantes en el expediente se han deducido; esto es, que el auto de citación a audiencia se asimila al pliego de imputaciones¹⁵,

¹² Esta disposición es aplicable toda vez que el artículo 181 del CDU establece que “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 se afecte su naturaleza”.

¹³ De igual forma, opera para el proceso ordinario, pues el artículo 101 del CDU dispone: “Se notificarán personalmente los autos de apertura de indagación preliminar y de investigación disciplinaria, el *pliego de cargos* y el fallo”.

¹⁴ Este inciso señala: “Si no se lograre 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 cite a audiencia no procede recurso alguno”.

¹⁵ El artículo 163 de la Ley 734 de 2002 indica que el pliego de cargos **deberá** comprender las exigencias allí señaladas, de lo que se desprende que esta es una decisión reglada, que no dejada al arbitrio del operador disciplinario; es así como el numeral segundo de esta disposición ordena que el auto de cargos **indicará** “las normas presuntamente violadas y el **concepto de la violación**, concretando la modalidad específica de la conducta”.

Esta disposición hace relación con la adecuación típica de la conducta; vale decir, que luego de describir en el pliego acusatorio la conducta objeto de investigación o de acusación, deberá hacerse el correspondiente cotejo jurídico disciplinario, o confrontación del comportamiento acusado, con la disposición disciplinaria que recoja la conducta investigada.

como se ha dicho y respecto de estas, es que el implicado deberá ejercer su derecho de defensa y contradicción; por ello creemos que la versión a que se alude en el artículo 177 del CDU y que debe rendir el implicado corresponde a los descargos que este ha de presentar en tratándose de la conducta imputada; por tanto, podrá ocurrir que el implicado, previamente notificado, opte por no acudir a la audiencia o que acudiendo a ella guarde silencio. Indistintamente, el implicado podrá comparecer personalmente, o podrá hacerlo por intermedio de su defensor.

3.2. Contenido de la decisión de citación a audiencia¹⁶.

Como quiera que el apartado correspondiente al procedimiento verbal, contenido en el CDU (artículos 175 a 181), no distingue cuáles habrán de ser los requisitos contenidos en la decisión de

Ahora bien, cabe señalar que el artículo 23 del CDU es un referente necesario para el concepto de falta disciplinaria cual es el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, la incursión en prohibiciones y violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

El concepto de violación que se dispone se ensaye en la decisión de cargos habrá de distinguir cuál de estas categorías recoge la conducta acusada, por cuanto habrá de tenerse en cuenta que existen tipos disciplinarios abiertos, que su señalamiento reclama armonizarlos con la disposición que lo complementa; verbigracia, cuando se señala el artículo 48, numerales 1º, 17, 18; entre otros, de la Ley 734 de 2002. Así pues, el artículo 163 ibídem impone que luego de describir la conducta violatoria del derecho; deber; incursión en la prohibición, inhabilidad, incompatibilidad, impedimento y/o conflicto de intereses se señale de manera **inequívoca** cómo el imputado con el comportamiento acusado **vulneró** la disposición señalada como violada; esto es, que no basta señalar la norma posiblemente violada, sino que se impone al operador disciplinario exponer las razones por las que estas disposiciones se estiman vulneradas; o de otra forma, al señalarse las disposiciones presuntamente violadas se explicará cómo el implicado con la conducta que se le imputa vulneró las normas allí indicadas; vale decir, de qué manera el servidor público, con la **omisión** o la **acción** objeto de investigación, violentó el mandato de respetar la Constitución, o la ley, en concreción del cargo acusado y la norma dispuesta como violada. Esto implica pues que los descriptores normativos del tipo disciplinario deben ser claramente expuestos en la imputación, de modo que se explique con plena claridad el verbo rector contenido en el deber violado, o en la prohibición en que incursionó el disciplinado, cuidando de no hacer afirmaciones indeterminadas o ambiguas que conlleven a la defensa a afirmar interpretaciones anfibológicas y a impetrar nulidades.

Visto esto así, se tiene que, con el deber que le asiste al operador disciplinario de **explicar** en el acto acusatorio el concepto de violación de las normas señaladas como vulneradas, se garantizan el debido proceso y los principios de moralidad, imparcialidad, celeridad, economía, eficacia, eficiencia, por cuanto se evitan traumatismos en el trámite del proceso y nulidades que se convierten en verdaderas talanqueras para el control disciplinario. Se recomienda, respecto del pliego de cargos, revisar la sentencia T-418/97.

¹⁶

De conformidad con el artículo 181 del CDU, ha de entenderse que el acta de citación a audiencia debe contener los requisitos establecidos en el artículo 184 ídem.

citación a audiencia, por expresa remisión del artículo 181¹⁷ ibídem, ha de asumirse que esta se hará de la misma forma en que habrá de hacerlo el señor Procurador General de la Nación, cuando declare la procedencia del procedimiento especial recogido en el Capítulo Segundo del Título XI de la ley disciplinaria. Estos requisitos son entonces los distinguidos en el artículo 184 ejusdem, a saber:

3.2.1. Breve motivación en la que se expongan los hechos constitutivos de la falta y su tipicidad¹⁸.

3.2.2. Enumeración de las pruebas con fundamento en las cuales se hace la citación a audiencia¹⁹.

3.2.3. Relación de las pruebas que se practicarán en el curso de la audiencia pública, si a ello hubiere lugar.

3.2.4. Indicación del lugar, la fecha y la hora en la que se realizará la audiencia.

3.2.5. 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, de acuerdo con las normas legales respectivas.

3.2.6. La medida de suspensión provisional, si de conformidad con el artículo 157 del CDU el funcionario de conocimiento la estima procedente, *motivadamente* adoptará esta decisión en el auto de citación a audiencia, *sólo* si serios elementos de juicio permiten establecer que la permanencia del implicado en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del

¹⁷ Esta disposición, como ya se dijo, nos remite al procedimiento disciplinario especial ante el Procurador General de la Nación, siempre y cuando no afecte la naturaleza del proceso verbal.

¹⁸ La motivación en tratándose de los hechos constitutivos de la falta, su tipicidad y las pruebas en que se fundan no puede entenderse sino como la imputación de la conducta respecto de la que girará el debate dialéctico jurídico procesal que permita concluir con la absolución o la sanción del disciplinado. Confrontar la nota 13, a pie de página de este escrito.

¹⁹ Empero, cuando se trate de confesión o flagrancia, estos serán los soportes de la imputación.

autor de la falta disciplinaria en el trámite de la investigación, o permite que continúe cometiéndola o que la reitere²⁰.

3.3. Desarrollo de la audiencia²¹

El desarrollo de la audiencia se consignará *sucintamente*²² en un acta; esto significa que es innecesario e inútil transcribir

²⁰ Al respecto la Corte Constitucional, en Sentencia C-450/03, señaló: “La facultad de suspender provisionalmente al 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”; además, apuntó como condiciones de la medida: “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”. Y allí mismo, anotó la alta Corporación: “En cuanto a las tres causales de suspensión provisional de un servidor público dentro de un proceso disciplinario, es posible deducir que el fin que persigue el legislador con la causal primera es asegurarse de 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”. Confrontar en este mismo sentido la sentencia C-656-03 de la Corte Constitucional.

²¹ De conformidad con el inciso final del artículo 98 del CDU, “(...) 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”. Ya en este aspecto varios despachos de la PGN acunán una valiosa experiencia en la realización de audiencias virtuales, por lo general realizando enlaces telefónicos con la colaboración de procuradores regionales, provinciales o judiciales, apostados en los lugares en donde residen los implicados.

²² La segunda acepción de este término es “de modo sucinto o compendioso”, según la definición del Diccionario de la Real Academia Española, 19ª edición, 1980; por tanto, el acta deberá consignar brevemente lo desarrollado en el transcurso de la audiencia, pues si bien los medios técnicos conformarán el expediente y allí se registrará todo cuanto ocurra en las diligencias, estas actas constituirán la mejor memoria del proceso, previendo que tales medios puedan reportar fallas, tales como grabaciones parciales, inaudibles o en el peor de los casos que no se logre registrar en ellos la grabación. Las actas entonces consignarán ***brevemente*** todo cuanto ocurra en la audiencia, previendo posibles fallas o daños

todo cuanto en ella ocurra, máxime que, justo lo establece el artículo 98 del CDU, en el curso de la actuación se podrán utilizar medios técnicos *y su contenido se consignará por escrito sólo cuando sea estrictamente necesario*; por tanto, se podrán utilizar grabadoras o videograbadoras, y los correspondientes casetes harán parte integral del expediente que conforma el proceso.

Así las cosas, llegado el día y hora de la celebración de la audiencia se dará lectura por secretaría del acta de citación a audiencia pública; seguidamente, el implicado, por sí o por medio de su apoderado, presentará sus explicaciones acerca de la conducta o conductas imputadas –versión, señala la disposición– pudiéndolo hacer de manera verbal o extendiendo escrito donde obren las mismas. Para ese momento, habrá de solicitar o presentar las pruebas que pretenda hacer valer. El director de la audiencia, luego de la intervención del implicado o su defensor, o de ambos, o después del análisis de las pruebas solicitadas, se pronunciará en tratándose de su conducencia y pertinencia, ora decretando su práctica, ya negando la recepción de las mismas²³. Cabe anotar que, si se niegan las pruebas solicitadas, contra esta decisión procederán los recursos de reposición y apelación, de conformidad con los artículos 113 y 115 del CDU, en armonía con el artículo 181 ídem, para cuyo efecto el director de la audiencia así deberá hacerlo saber al implicado o a su apoderado, recurso que debe ser interpuesto y sustentado en la misma diligencia²⁴, o dentro de los dos días siguientes²⁵.

en las grabaciones o en los medios, o ayudas técnicas, de modo tal, que permitan que las actuaciones se mantengan blindadas y así evitar posibles nulidades que den al traste con el proceso. Estas actas serán útiles tanto para la segunda instancia, de existir fallas en los medios técnicos –como se ha apuntado– como para el eventual control de las decisiones definitivas, respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa.

²³ Acá, en vía de remisión, como lo dispone el artículo 181 del CDU, se acude a lo reglado para el procedimiento ordinario, en tratándose de la necesidad y carga de la prueba, medios de prueba, libertad de pruebas, prueba trasladada, etcétera.

²⁴ La Resolución No. 089 del 25 de marzo de 2004, suscrita por el señor Procurador General de la Nación, por la cual se modificó y adicionó la Resolución No. 191 del 11 de abril de 2003, en el numeral 28, dispuso: “Contra el acto que niega total o parcialmente la solicitud de pruebas de descargos, procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación”.

²⁵ El numeral 19 de la resolución venida de citar señaló que “Los sujetos procesales interponen dentro de la audiencia el recurso que corresponda y lo sustentan verbalmente en forma inmediata o por escrito dentro de los dos (2) días siguientes”.

Conviene señalar que en este momento procesal, vale decir, cuando comparece a la audiencia de versión, el implicado podrá aportar o solicitar pruebas, a la vez que también podrá hacerlo, de existir variación en la calificación de la falta imputada. Al paso que podrán decretarse pruebas de oficio.

Es frecuente también que a tiempo de la comparecencia del implicado o su defensor a la audiencia se impetren nulidades; de ello ser así, estas deben ser resueltas de inmediato, de conformidad con las reglas del artículo 143 del CDU²⁶, previniendo a los sujetos procesales respecto de la procedencia del recurso de reposición, conforme al artículo 113 del CDU, el que debe ser interpuesto en la misma diligencia, pudiendo sustentarse allí mismo o por escrito dentro de los dos días siguientes, de conformidad con la resolución citada. De no prosperar la solicitud de nulidad y resuelto el recurso de reposición, si fuere interpuesto, el proceso habrá de continuar su trámite; en caso contrario, esto es, si prospera la causal de nulidad invocada, deberá disponerse subsanar la actuación a partir del acto que se declara nulo.

Entretanto, si las pruebas solicitadas son despachadas favorablemente, deberán ser practicadas en la misma diligencia, **dentro del término improrrogable de tres días**; si no fuere posible hacerlo, se suspenderá la audiencia por el término máximo de cinco días y se señalará la fecha para la práctica de la prueba o pruebas pendientes.

Si de las pruebas recepcionadas se advierte error en la calificación jurídica o que procede la variación de la calificación jurídica de la falta investigada, se procederá de conformidad; variación esta que deberá ser notificada personalmente y fijarse nuevamente fecha para la celebración de la audiencia, pudiendo el implicado solicitar o aportar otras pruebas, justo lo hemos anotado.

Ahora bien, conforme a la regla del artículo 165 del CDU, reglamentario del proceso ordinario, para la variación de la calificación, los términos no podrán exceder la mitad del fijado para

26

Una verdadera herramienta y guía sobre la materia lo constituye el estudio del doctor ESQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA, en Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen I, publicación del Instituto de Estudios del Ministerio Público, noviembre de 2006, titulado “Las nulidades en materia Disciplinaria”, páginas 223 a 243.

la actuación original; no obstante, creemos que en el proceso verbal deberán adoptarse, por garantía, los mismos términos establecidos en el artículo 177 *ibídem* que lo circunscribe al “...*término improrrogable de dos días...*”.

Practicadas las pruebas se fijará fecha para la audiencia de alegatos de conclusión, la que deberá realizarse, en nuestro sentir, de conformidad con el artículo 181 *ibídem*, dado que los términos establecidos para el proceso ordinario en el verbal se reducirán a la mitad; en tanto y en cuanto que, por directiva del señor Procurador General de la Nación²⁷ se adoptó²⁸ para aquel procedimiento el término de cinco días, implicaría entonces, fijar para este, dos días y medio; empero, por favorabilidad, debe fijarse en tres (3) días contados a partir del siguiente a aquel en que fueron recepcionadas las pruebas. En esta oportunidad se concederá la palabra por una sola vez al investigado y a su defensor, limitándolos a que la intervención se refiera solo a los asuntos relativos a la actuación disciplinaria.

Luego de concluidas las intervenciones de alegatos de conclusión, se procederá verbal y motivadamente a proferir el fallo²⁹;

²⁷ La Resolución 089 del 25 de marzo de 2004, en su numeral 3° dispuso: “Los sujetos procesales tienen derecho a presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia. Para tal efecto, establecido que no hay lugar a variar el auto de cargos por error en la calificación o por prueba sobreviviente (sic), de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-107 de 2004, el día siguiente al de la fecha de vencimiento del término probatorio si se decretaron y practicaron pruebas o al de la fecha de vencimiento del término para presentar descargos, en caso contrario, mediante auto se dispondrá que el expediente quede a su disposición por cinco (5) días, término establecido de conformidad con el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal, aplicable por remisión permitida en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002”.

²⁸ El artículo 92, numeral 8° de la Ley 734 de 2002, dispone que el investigado como sujeto procesal tiene derecho a “Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia”.

²⁹ El fallo, obviamente, deberá ser un discurso dialéctico jurídico procesal, que confrontará la imputación de cara a los argumentos de defensa, las pruebas vertidas al proceso y las categorías dogmáticas del derecho disciplinario. Si ya se criticaban en el proceso ordinario las largas e innecesarias transcripciones en las providencias que definían el fondo de la investigación, por demás carentes de argumentos jurídicos, con más razón en el proceso verbal, dada su naturaleza; a propósito, la Corte Suprema de Justicia, en decisión de antaño, dijo que “Son en extremo defectuosas y reveladoras de una deplorable pereza mental los fallos que se nutren de transcripciones tan innecesarias como impertinentes de casi todas las piezas del proceso, sin fijar, en forma **clara y precisa** los hechos materia del debate, las pruebas que los respaldan y las conclusiones jurídicas a que haya lugar. Ellos responden al vicioso sistema, por desgracia bastante difundido entre los jueces colombianos, de hacer las providencias judiciales lo más largas, farragosas y confusas que sea posible, sin otro esfuerzo que el mecanográfico, para ocultar la carencia o la pobreza de argumentos y la ignorancia o falta de estudio de los problemas por resolver entre una densa capa de papeles inútiles” (Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de junio de 1959).

empero, la diligencia podrá suspenderse y señalar fecha para expedir la decisión dentro de los dos días siguientes³⁰. La decisión se entenderá notificada en estrados; por tanto, luego de su pronunciamiento se permitirá la intervención del disciplinado o su defensor, quienes deberán interponer el recurso de apelación -si es su deseo- en la misma diligencia y sustentarlo *verbalmente*³¹, o por escrito dentro de los dos días siguientes.

Interpuesto y sustentando el recurso, de inmediato se pasará el expediente al superior competente, quien deberá decidir dos días después; siempre que no se haga necesario practicar pruebas, las que se podrán decretar de oficio³²; siendo ello así, se someterán a los mismos términos recogidos en el inciso 2º del artículo 177 de la Ley 734 de 2002, conservando, en nuestro sentir, la misma naturaleza del procedimiento verbal, debiendo ser recepcionadas, en la medida de lo posible, en audiencia pública.

4. Conclusiones

4.1. El proceso verbal es un procedimiento informado de todas las garantías inherentes a la persona humana.

4.2. Su filosofía radica en hacer realidad los principios de celeridad, economía, eficacia y eficiencia.

4.3. Tan pronto el funcionario de conocimiento advierta que se encuentra frente a una conducta de aquellas que habrá de

³⁰ Conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 90 de la ley disciplinaria y el artículo 109 ídem, al quejoso se le deberá citar a la audiencia de fallo para que tenga la oportunidad de recurrir la decisión, si esta es absolutoria; empero, si el quejoso comparece a la audiencia de cargos -o de versión- y manifiesta tener pruebas en su poder, se dispondrá recibirlas por secretaría y se valorarán conforme a la ley a tiempo de decidir el fondo del asunto. Ahora bien, de distinguir los eventos en que procede la convocatoria al proceso verbal, conforme al artículo 175 del CDU, es evidente que antes de la citación a audiencia, el funcionario de conocimiento debió haber adelantado indagación preliminar o investigación disciplinaria, según el caso -excepto en los casos de confesión o flagrancia- y allí en una u otra sede, debió hacer comparecer al quejoso, de estimarlo necesario, tanto cuanto más que la citación a audiencia exige un mínimo probatorio.

³¹ Esto quiere decir que si el implicado o su apoderado, dentro del término, comparece al despacho del director de la audiencia, con el propósito de sustentar oralmente el recurso, aquel de inmediato deberá constituir audiencia pública y atender la sustentación.

³² El artículo 171 del CDU dispuso que el funcionario de segunda instancia eventualmente podrá practicar pruebas de oficio, al señalar: "*Si lo considera necesario, decretará pruebas de oficio, en cuyo caso el término para proferir el fallo se ampliará hasta en otro tanto*".

tramitar por el procedimiento verbal, dispondrá indagación preliminar o investigación disciplinaria, según el caso, y a la mayor prontitud recepcionará las pruebas que lo conduzcan a la citación a audiencia.

4.4. El trámite de la notificación personal del auto que dispone iniciar indagación preliminar o investigación disciplinaria no suspende en ningún caso la actuación probatoria; empero, las pruebas practicadas sin su presencia podrán ser ampliadas o reiteradas, si así lo solicita.

4.5. La confesión podrá estimular el procedimiento verbal, sin el rigor de la asistencia de abogado, siempre que sea voluntaria, libre de todo apremio y que el funcionario de conocimiento recepcione las pruebas que se desprendan de ella, en punto de establecer la veracidad de la misma, asumiendo que se investigarán con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado, o su inexistencia, o lo que lo exima de responsabilidad.

4.6. El auto de citación a audiencia es equiparable al pliego de cargos.

4.7. El proceso verbal es un debate oral que solo puede acudir a debates escritos cuando sea absolutamente necesario; empero, las actas que en él se levanten deberán contener sucintamente lo tratado en las audiencias.

4.8. Eventualmente, todos los procesos podrán tramitarse por el procedimiento verbal; sin embargo, el operador disciplinario deberá motivar lo suficiente la causal por la que convoca a audiencia.

4.9. El acta de citación a audiencia se deberá notificar personalmente, dentro de los dos días siguientes, para cuyo efecto se citará al implicado; si no comparece, se fija edicto por el término de dos días, al cabo del cual si no comparece se le designa defensor de oficio, a quien se notifica y con quien se continúa el trámite; no obstante, podrá comparecer después por sí o por medio de apoderado.

4.10. En el auto de citación a audiencia podrá adoptarse la medida de suspensión provisional del implicado, si ello es procedente.

4.11. Indistintamente de que se haya dispuesto indagación preliminar o iniciado investigación disciplinaria, es procedente aplicar el procedimiento verbal.

4.12. Frente a la negativa de pruebas, en su oportunidad, proceden los recursos de reposición y apelación.

4.13. Los recursos podrán interponerse en la misma diligencia, pudiendo sustentarse allí mismo, o dentro de los dos días siguientes.

4.14. Todas las decisiones proferidas en audiencia se entenderán notificadas en estrados.

4.15. Dentro de los términos de sustentación del recurso de apelación contra el fallo de instancia, el implicado o su defensor podrán comparecer ante el director del proceso y sustentar verbalmente el recurso.

4.16. El implicado o su apoderado podrán solicitar y/o aportar pruebas a tiempo de rendir versión en audiencia, también si se ha variado la calificación de la falta disciplinaria imputada.

4.17. Las pruebas decretadas a solicitud del implicado, o su defensor, o de oficio, deberán recepcionarse en audiencia pública.

4.18. Al igual que en el proceso ordinario, habrá de correrse traslado para alegar de conclusión por un término de tres (3) días.

4.19. Es procedente practicar pruebas en segunda instancia; éstas, en lo posible, se recepcionarán en audiencia pública y se aplican los mismos términos que operan para la primera instancia.

4.20. El quejoso deberá ser citado a la audiencia de fallo y si la decisión es absolutoria deberá interponer el recurso allí mis-

mo o dentro de los dos días siguientes; empero, si asiste a la audiencia de cargos y manifiesta tener pruebas en poder suyo, relacionadas con la conducta investigada, se recibirán por secretaría y se valorarán en su oportunidad.

Doce preguntas y sus respuestas acerca de la Suspensión Provisional

Por **ESQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA**¹

En otro apartado habíamos sostenido que el proceso disciplinario es un mecanismo de autotutela para la protección de la función pública, con la finalidad del logro de los cometidos estatales². La suspensión provisional en ese contexto se manifiesta como un mecanismo procesal de carácter instrumental puesto al servicio del proceso, para que este llegue y cumpla su fin de manera ajustada a parámetros constitucionales y legales.

A continuación tomaremos postura acerca de los 12 interrogantes más frecuentes en la praxis jurídica del derecho disciplinario, en relación con la suspensión provisional.

1. ¿En qué consiste el instituto de la suspensión provisional?

Rta. La suspensión provisional en el ámbito disciplinario es una medida cautelar de prudencia disciplinaria, de naturaleza preventiva, instrumental, temporal y discrecional cuya aplicación motivada separa provisionalmente al investigado, sin derecho a remuneración, del ejercicio del cargo, la función o el servicio público, por causas legales, cuando se esté frente a la

¹ Procurador Delegado Sala Disciplinaria.

² Cfr. Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. “Las nulidades en materia disciplinaria”. Lecciones de Derecho Disciplinario. Bogotá: Instituto del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación, 2007, página 223.

imputación de faltas gravísimas o graves y la prueba aducida al proceso sea indicativa que su permanencia en el mismo puede constituir una interferencia a la realización normal del trámite del proceso o permite que continúe cometiendo la falta o la reitere.

2. ¿Cuáles son las características de la suspensión provisional?

Rta. De la anterior definición, su regulación legal y, la jurisprudencia sobre el tema, podemos extraer las características de la suspensión provisional, así:

a. Es una medida cautelar. Ello en tanto para llevar a cabo el proceso disciplinario son indispensables las injerencias en la esfera individual del sujeto disciplinable, por un lado, para asegurar el proceso de conocimiento (encontrar la verdad de los hechos) y, por otro, asegurar la ejecución disciplinaria.

En esa medida la suspensión provisional presupone la injerencia del Estado en los derechos del investigado, privándolo, por una parte, del derecho-deber de ejercer el cargo, función o servicio y, por otra, de la obtención de su remuneración.

b. Es una medida de prudencia disciplinaria. Ello es así, por cuanto la aplicación de la medida está soportada en la necesidad de protección del interés general que está en juego siempre que se realiza un proceso disciplinario.

Si se permite que un servidor público o un particular que está ejerciendo una función pública, de quien frente a su conducta existen en el proceso motivos fundados para estimar que su comportamiento riñe con los postulados constitucionales y legales, continúe cumpliendo con la función o el servicio, sin lugar a dudas, se estaría contrariando el interés general que prevalece en la realización de la función administrativa. Por lo tanto, es explicable la existencia de la suspensión provisional precisamente para asegurar el cometido de la prevalencia del interés general sobre el particular como pilar fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho. La medida se explica en aras de garantizar y reafirmar la conveniencia de la legalidad, moralidad y eficiencia propias de la función pública. Impone, además, un juicio de ponderación por parte del juez disciplinario para evaluar adecuadamente los medios de convicción aducidos al proceso que soportan las causales en las que legalmente se asienta la figura.

c. Tiene carácter preventivo. Tal postulado implica que la suspensión provisional no es una sanción disciplinaria, sino que su finalidad es proteger la función pública y el proceso disciplinario; procede dentro del proceso y busca asegurar la realización del trámite investigativo en términos de normalidad y previniendo la reiteración de la falta o su continuidad.

Se suspende al investigado con el propósito de asegurar el interés general del funcionamiento de la Administración Pública, prevenir la interferencia del investigado en el proceso y asegurar que este no seguirá cometiendo la falta o la reiterará.

d. Tiene carácter instrumental. Esa naturaleza instrumental se explica por cuanto la suspensión provisional como mecanismo procesal está al servicio de los fines del proceso. Tal característica tiene incidencia en tres sentidos:

1. No es una medida autónoma. Si no existe proceso disciplinario, no podrá darse la suspensión provisional del disciplinado; su existencia está condicionada a la del proceso y a la misma decisión de apertura formal de investigación.
2. Su aplicación está dirigida a servir de mecanismo de aseguramiento de la realización del proceso. La suspensión provisional es un instrumento puesto al servicio del trámite procesal, en aras de posibilitar que él discurra normalmente por los senderos de la legalidad.
3. El resultado del proceso condiciona al instrumento subordinado de la suspensión provisional. Si el proceso termina con archivo o fallo absolutorio o si desaparecen los motivos que soportaron la medida, esta debe ser inmediatamente levantada.

e. Tiene carácter temporal. No es una medida definitiva, tiene señalada en la ley el término por el cual debe ser aplicada. El artículo 157 de la Ley 734 de 2002 señala que la suspensión provisional será decretada por el término de tres meses, prorrogables hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez se profiera el fallo de primera o única instancia.

Habida cuenta de que la medida es procedente por unos motivos señalados de forma precisa por la ley, una vez cesen o desaparezcan esos motivos la medida deberá ser revocada en cualquier estado del proceso por quien la

profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para proferir el fallo de primera instancia.

De igual manera, esa temporalidad de la medida viene supeditada al resultado del proceso y a la misma diligencia del juez disciplinario en la realización de la investigación, de manera que cuando el proceso termine por archivo o fallo absolutorio, se levanta la medida y se ordena el reintegro del servidor público con el reconocimiento de la remuneración dejada de percibir en el lapso en que estuvo suspendido. Asimismo, si expira el término de suspensión sin que se hubiere proferido el respectivo fallo de primera o única instancia, la medida deberá ser revocada de oficio o a petición de parte; en todo caso opera el reintegro del servidor público por esta causa.

Ahora bien, si en el fallo de primera o única instancia no se prorrogó el término de la medida cautelar, los tres meses de suspensión cuentan desde su imposición o su prórroga, según sea el caso, con lo cual si se superan estos términos también el investigado deberá ser reintegrado. Esa es la filosofía de la norma que autorizó la prórroga de la suspensión en el fallo de primera o única instancia. Ello significa que el término de suspensión que señala la ley debe ser respetado cabalmente.

f. Es discrecional. La misma ley disciplinaria señala en el artículo 157 que el funcionario que esté adelantando la investigación “podrá” ordenar la suspensión provisional del investigado por los motivos que en esa misma disposición se expresan.

El carácter discrecional de la medida puede ir en contravía, en muchas ocasiones, con la misma finalidad del proceso, pues puede suceder que la prueba sea indicativa de que el investigado sigue cometiendo la falta, pero aún así el juez disciplinario no adopta la medida; ejemplo de ello sería aquel evento en el que el servidor público, desde el punto de vista objetivo, accedió al cargo estando inhabilitado para su ejercicio y el operador disciplinario decide no hacer uso de la suspensión provisional, a pesar de que el justiciable sigue ocupando el cargo estando presuntamente inhabilitado.

En tal sentido, la finalidad preventiva de la medida no estaría produciendo los efectos requeridos. Sin embargo, como es la misma ley la que determina su carácter potestativo y discrecional, si el servidor público a pesar de estar dados los motivos para imponerla no lo hace, tal omisión no genera responsabilidad, por mandato de la misma legislación. Empero es claro que ese

servidor público no está atendiendo en debida forma el compromiso que le imponen los cometidos estatales.

Hay que resaltar que el carácter discrecional de la suspensión está referido a la libertad del juez disciplinario de imponerla o no hacerlo, mas no a los motivos para su procedencia, pues estos son de exigencia y naturaleza legal.

g. Es una decisión motivada. En la teoría general del proceso desde antaño se tiene definido que todo acto del proceso que implique limitaciones y restricciones a los derechos del investigado debe ser motivado, tanto en lo fáctico, lo probatorio como en lo jurídico. La motivación del acto propicia el ejercicio legítimo de la impugnación.

Sin lugar a dudas, la imposición de la suspensión provisional, como medida cautelar que es, implica limitaciones a los derechos fundamentales del procesado, es una injerencia estatal sobre los derechos del investigado; por lo tanto, la decisión que la contiene, por disposición de la misma ley, debe ser motivada. Esta motivación implica la manifestación de la causal que la soporta y la valoración probatoria que le sirve de fundamento.

Corresponde al juez disciplinario atender los requisitos formales y, por supuesto, los materiales en los que asienta la adopción de tal instrumento. Habida consideración de esas exigencias, tendrá la obligación de señalar con precisión por qué motivo ha procedido a decretar la suspensión del investigado.

En ese entendido, la providencia que decreta la suspensión provisional será clara en especificar cuál es el fundamento para considerar que el investigado interferirá en la realización del trámite procesal o por qué se estima que continuará ejecutando la falta o la reiterará.

Es conforme a los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho el que tal determinación sea motivada, en aras del respeto a la dignidad humana del investigado, su debido proceso y el legítimo ejercicio de la contradicción.

Motivación es oposición a la discrecionalidad y por tanto a la arbitrariedad. La exigencia legal de la motivación de la decisión de suspensión provisional legitima la procedencia del recurso de reposición contra la medida en

los procesos de única instancia, y la consulta automática en los procesos de doble instancia.

h. Procede por causas legalmente establecidas. La medida procede, sustancialmente, por tres presupuestos legales:

1. 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.
2. Cuando existan esos motivos y se infiera que el agente continuará cometiendo la falta.
3. Cuando existan esos mismos motivos y se deduzca que el agente reiterará la comisión de la falta.

Además de esas causales, la medida debe proferirse en las oportunidades legales y en relación con las faltas que la misma ley determina.

i. Deja a salvo la presunción de inocencia. La imposición de la medida no responde a causas relacionadas con el compromiso disciplinario del investigado; por tanto, su proferimiento no cuestiona la inocencia del agente vinculado a la investigación. Al respecto la Corte Constitucional ha expresado:

“...la medida de suspensión provisional no se opone al reconocimiento institucional de la presunción de inocencia, pues esta permanece incólume y solo se destruye en el momento en que en la decisión de fondo se determina que el inculcado es responsable disciplinariamente y se le impone la correspondiente sanción, pero para que la suspensión resulte compatible con dicha presunción, es necesario que la respectiva decisión consulte las normas sustanciales y procesales, en cuanto a que sea expedida por funcionario competente, la autorice la naturaleza de la falta, y la justificación, necesidad, proporcionalidad y finalidad de la medida, según las circunstancias fácticas que medien en la investigación. Es decir, que aun cuando la adopción de la medida no comporta el ejercicio de una facultad estrictamente reglada, sin embargo debe obedecer a un juicio de razonabilidad que la justifique atendidas las circunstancias anotadas, pues una medida desproporcionada o inmoderada no sería propiamente provisional o preventiva, sino que tendría un carácter netamente punitivo”³.

³ Cfr. Sentencias C-004 de 1996 y C-1076 de 2002.

El carácter instrumental de la medida, la naturaleza preventiva y temporal, además de los motivos que la sustentan, terminan por dejar a salvo la presunción de inocencia del investigado⁴.

j. Su imposición no implica juicios de responsabilidad. Esta característica está íntimamente vinculada con la anterior. Al respecto, la Corte Constitucional fue enfática al señalar: *“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”* (C-450-03).

La característica en comento demuestra que la suspensión provisional en este punto es más compatible con el derecho administrativo que con el derecho penal. En efecto, en materia penal las medidas cautelares personales y reales requieren para su procedencia juicios de compromiso de responsabilidad penal del imputado. La regulación de la Ley 600 de 2000, respecto de la medida de aseguramiento demuestra este aserto:

Artículo 356. Requisitos. “Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso”.

Por su parte, la Ley 906 de 2004, en su artículo 308, señala: “El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonadamente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.

Así las cosas, verificado lo que expresan las disposiciones en cita en comparación con lo que indica la Ley 734 de 2002, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que en materia disciplinaria la prueba aducida al proceso y que sirve de fundamento a la decisión de suspensión provisional no tiene ninguna

⁴ Sobre este tópico, la Corte Constitucional en la Sentencia C-450-03 M.P. Manuel José Cepeda resaltó “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”.

relación con la culpabilidad del investigado, su sustento está vinculado con otras opciones directamente relacionadas con la interferencia del posible autor de la falta en el trámite de la investigación, la continuidad y reiteración de la conducta investigada.

Desde ese punto de vista, el juez disciplinario en la decisión de suspensión provisional debe abstenerse de hacer juicios de compromiso de culpabilidad respecto de la conducta del investigado. De esa manera deja intacta la presunción de inocencia, el buen nombre del investigado y se abstiene de prejuizar.

k. Es de cumplimiento inmediato. Implica esta característica que dispuesta la suspensión provisional ella produce efectos inmediatos de separación del investigado del cargo, la función o el servicio. La interposición del recurso de reposición en el trámite del proceso de única instancia o la concesión de la consulta en los procesos de doble instancia no impiden el cumplimiento inmediato de la medida. Tampoco es necesario la preexistencia de un acto administrativo del jefe de personal o recursos humanos de la entidad a la que pertenece el investigado que disponga la suspensión provisional del empleado. Una vez se comunica o notifica, según sea el caso, la suspensión provisional al investigado, la medida produce sus efectos jurídicos. A partir de ese momento el servidor público se entiende separado del cargo, función o servicio.

En relación con algunos servidores públicos, el efecto inmediato de la medida se subordina al cumplimiento de ciertos requisitos. Así, en relación con el Alcalde Mayor de Bogotá, por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación, para materializar la medida cautelar, deberá solicitárselo al Presidente de la República; y en relación con los demás alcaldes, la solicitud se dirige al respectivo gobernador.

l. Su aplicación es urgente. Tal presupuesto es matizado por la característica de discrecionalidad que sustenta a la suspensión provisional. La urgencia en la aplicación de la medida está referida a que una vez estén dados y constatados los motivos suficientes que indican la posible interferencia del investigado en el trámite del proceso o la continuidad de la falta o su reiteración, el juez disciplinario debe proferir la medida. Ahora bien, si el servidor público titular del ejercicio de la acción disciplinaria constitucionalmente está comprometido con la realización de los fines de la función administrativa, deberá hacer prevalecer el interés general autotutelando la función pública disponiendo la suspensión, de tal manera que haga prevalecer esta característica respecto a la alusiva a la naturaleza discrecional de la medida cautelar.

m. Es una medida que se justifica como mecanismo para lograr la celeridad y eficacia de la investigación y desarrollo del proceso. La Corte Constitucional explica esta característica, bajo los siguientes términos:

“Las circunstancias anotadas obligan al legislador a establecer unos términos razonables y perentorios para adelantar la investigación, transcurridos los cuales la suspensión debe levantarse. Dichos términos no pueden ser indefinidos o inciertos o manejables según el criterio discrecional de la autoridad que adelanta la investigación, pues de lo contrario la medida deja de ser provisional, **pierde su justificación como mecanismo para lograr la celeridad y eficacia de la instrucción y desarrollo del proceso, y llega a convertirse o a confundirse con la sanción definitiva**”⁵ (Negrillas nuestras).

Esta característica supone que impuesta la suspensión provisional, el juez disciplinario debe actuar con suma diligencia en el trámite del proceso, cumpliendo los términos y plazos procesales de forma estricta, con el fin de no comprometer su responsabilidad personal, por un posible reintegro del investigado por la expiración del término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia.

En la práctica sucede con frecuencia que los procesos disciplinarios en los que se produce la suspensión provisional son los que se tramitan con más diligencia. En ese sentido el instrumento sirve para garantizar la celeridad y la eficiencia en el desarrollo de la investigación. La aplicación de la medida de suyo termina comportando eliminación de la mora en la tramitación del asunto. Sin embargo, la imposición de la medida no debe ser justificada con el pretexto de evitar la mora en el trámite del expediente.

n. Produce efectos patrimoniales. Con la imposición de la suspensión provisional se priva al investigado del derecho a percibir su remuneración por el término de la medida cautelar.

Mientras dura la suspensión, si el disciplinado no renuncia, sigue ostentando la condición de servidor público, pues tal medida es provisional y no aparta o priva al investigado de su condición de servidor público. De ahí que no puede ejercer otro cargo o función pública durante el lapso de la suspensión. El acto de suspensión no priva al investigado de sus derechos fundamentales a la seguridad social.

⁵ Cfr. Sentencia C-1076-2002. M. P. Clara Inés Vargas.

Si el proceso en el que se produjo la suspensión provisional culmina con fallo sancionatorio y la sanción a que hubiere lugar fuere de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, para su cumplimiento se tendrá en cuenta el lapso en que el investigado permaneció suspendido. En todo caso, si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicación de la medida provisional, el investigado tendrá derecho a percibir las remuneraciones correspondientes a la diferencia.

El reintegro del investigado genera también el reconocimiento de la remuneración dejada de percibir durante el término de la suspensión.

La ilegalidad de la adopción de la suspensión provisional también compromete patrimonialmente al servidor público que la dispuso.

3. ¿Cuáles son los requisitos formales para la procedencia de la suspensión provisional?

Rta. La medida de suspensión provisional debe cumplir los siguientes requisitos de forma:

- a. Debe ser dispuesta por el servidor que adelanta la investigación. En caso de comisiones especiales, asignaciones o delegación, en el acto administrativo que la constituya o la disponga debe otorgarse expresamente la facultad para suspender provisionalmente. Ahora, si la comisión, delegación o asignación es para todo el ejercicio de la acción disciplinaria, en ella se entiende comprendida la facultad para suspender al investigado. Si uno de los que integran la comisión o la asignación especial es competente para adelantar el proceso hasta el fallo, no es necesaria la autorización expresa para suspender, pues tal medida es consustancial al ejercicio de la investigación.
- b. Debe darse en la investigación disciplinaria o en el juzgamiento.
- c. Procede en relación con faltas calificadas como gravísimas o graves.

4. ¿Cuáles son los requisitos sustanciales para que opere la medida?

Rta. Debe ser motivada y procede siempre que la prueba aducida al proceso evidencie mediante serios elementos de juicio que le permitan inferir al juez disciplinario que la permanencia del investigado en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del proceso o permite que continúe cometiendo la falta o la reitere.

5. ¿Se puede suspender a un particular que cumple funciones públicas?

Rta. El artículo 157 de la ley 734 de 2002 expresa que se podrá ordenar la suspensión provisional “del servidor público”. En sentido literal, no habría posibilidad de suspender al particular que cumple funciones públicas.

Sin embargo, esa misma disposición señala como motivo de suspensión el hecho de que el investigado con su comportamiento pueda interferir en el proceso, o la permanencia en el cargo o la función posibilite la continuidad de la falta o su reiteración, con lo cual, en nuestro sentir, sí es posible suspender al particular que cumple una función o servicio público.

En efecto, es compatible con la filosofía que inspira esta medida preventiva el proteger la realización del proceso y a la misma función pública, pues sin lugar a dudas sería contrario al Estado Social y Democrático de Derecho permitir que una persona que probatoriamente se sabe sigue cometiendo la falta o está en posibilidad cierta de reiterarla o que su actuar puede interferir en la realización del proceso, permanezca en el ejercicio de ese cargo, función o servicio.

6. ¿En qué etapa del proceso ordinario se ordena la suspensión provisional?

Rta. Procede en la etapa de investigación y en la de juzgamiento. Así las cosas, procede desde el auto de apertura de investigación y hasta el fallo de primera o única instancia.

La etapa de juzgamiento se inicia con el proferimiento del auto de cargos, según se infiere del artículo 95 de la Ley 734 de 2002, ello es así, por cuanto con tal acto procesal cesa la reserva sumarial.

En suma, la suspensión provisional se puede decretar en la misma decisión de apertura formal de investigación o posteriormente antes del pliego de cargos, en el primer caso, y en el segundo, en el mismo pliego de cargos o posteriormente, y hasta el fallo de primera o única instancia.

7. ¿Cuándo procede la suspensión provisional en el proceso verbal?

Rta. Procede en este procedimiento y en el especial ante el Procurador General de la Nación, desde el auto de citación a audiencia y hasta que se emite el fallo de primera o única instancia.

El proceso verbal está soportado, en cuanto a su procedencia, en varias causales: flagrancia, faltas leves, confesión, gravísimas específicas y soporte probatorio del pliego de cargos. Frente a las faltas leves no cabe la suspensión. Es posible que el proceso se encuentre en etapa de investigación y haya necesidad de ajustar el procedimiento pasando del ordinario al verbal. Tal situación es admisible frente a todas las causales, salvo la del soporte probatorio (inciso 3 Art. 175 Ley 734 de 2002).

Ante tal eventualidad es posible que el servidor público investigado venga suspendido, haya necesidad de ajustar el procedimiento, como cuando abierta la investigación se le suspende en esa misma decisión, posteriormente el investigado confiesa, por lo que se debe ajustar el procedimiento, lo cual se puede hacer hasta antes de proferir pliego de cargos. En ese sentido, se deberá expresar en el auto que ajusta el procedimiento si el investigado continúa en la situación de suspendido.

En relación con la causal del soporte probatorio, la etapa de investigación es suprimida; por lo tanto la suspensión procede a partir del auto de citación a audiencia y hasta el fallo de primera o única instancia.

8. ¿Se puede suspender provisionalmente al investigado en el fallo de primera o única instancia, a pesar de que antes en ese mismo proceso no hubiera sido suspendido?

Rta. En nuestro sentir sí se puede, en tanto la finalidad preventiva de la medida, su carácter instrumental, lo posibilitan; así, por ejemplo si en el fallo queda evidenciado que el investigado continúa cometiendo la falta, interfiere en el proceso o reiterará la falta, el juez disciplinario dispone de la medida por tres meses, mientras cobra ejecutoria el fallo o se desata la apelación por parte del superior.

Tal interpretación resulta conforme con la filosofía preventiva de la medida, pues el juez disciplinario tiene el deber de proteger la función pública y garantizar la realización del proceso hasta el fallo de segunda instancia.

9. ¿Cuándo se comunica y cuándo se notifica la suspensión provisional?

Rta. Se comunica en los procesos de doble instancia; en estos, como cabe la consulta, no hay necesidad de notificar la decisión. El contradictorio queda garantizado con el traslado que se produce por el funcionario de segunda ins-

tancia, en el cual el investigado y su defensa pueden presentar pruebas y sus alegaciones de oposición no a la imputación, sino a la medida cautelar.

Se notifica la decisión en los procesos de única instancia para posibilitar el recurso de reposición. El medio de impugnación horizontal se encuentra regido por las normas ordinarias del procedimiento (artículos 113 y 114 de la Ley 734 de 2002). Ni la consulta ni tampoco la interposición del recurso de reposición impiden el cumplimiento inmediato de la medida.

10. ¿La prórroga del término de suspensión es consultable o se puede impugnar mediante la reposición?

Rta. La prórroga de la suspensión provisional debe darse bajo los mismos presupuestos procesales y probatorios que confluyeron en la suspensión original. De igual manera, debe ser motivada y procede contra ella la reposición si se produce en un proceso de única instancia o la consulta si se produce en uno de doble instancia. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-450/03; en ella el máximo Tribunal resaltó:

“... 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”.

11. ¿Si el investigado viene suspendido y el fallo que se profiere es absolutorio, procede la prórroga del término de la suspensión?

Rta. No es procedente la prórroga del término de suspensión provisional, por cuanto se entiende que si el fallo es absolutorio es porque han desaparecido los fundamentos de la imputación y por tanto también desaparecieron los que motivaron la suspensión provisional.

12. ¿Qué se entiende por “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”?

Rta. En tal enunciado convergen dos preceptivas: la evidencia y la posibilidad. Evidenciar es sinónimo de alcanzar la certeza, es tener claro algo,

es la certidumbre de una cosa o probar que además de cierta es clara. Por tanto, los serios elementos de juicio de que habla la disposición deben estar claramente delimitados en el proceso, deben estar constatados, su existencia no debe ser motivo de duda. La posibilidad hace referencia a la aptitud para realizar algo; es un juicio pronóstico del cual se infiere que el individuo tiene oportunidad y aptitud para hacer algo, en este caso para continuar cometiendo la falta o reiterarla.

El proceso disciplinario está regido por la sana crítica o libre convicción del operador disciplinario. Por lo tanto, corresponde al juez disciplinario en cada caso en concreto ponderar para establecer la existencia de esos serios juicios. En esa tarea debe tener presente la naturaleza de la falta, si es gravísima o es grave; el cargo que ostenta el investigado y el grado de posibilidad de injerencia o interferencia del proceso; el contacto y manejo que pueda tener con los hechos que son objeto de investigación y la prueba que se practicará en el proceso; las facultades que la ley le otorga para el manejo y la dirección del objeto material de la falta investigada. Las circunstancias objetivas que le permitan efectuar un serio juicio de inferencia a partir del cual pueda deducir la continuidad de la falta o su reiteración, como por ejemplo sigue en el cargo a pesar de que la imputación es por la posible configuración de una inhabilidad; frente a tal incriminación el juicio pronóstico de seguir cometiendo la falta es inobjetable. Es el responsable del presupuesto y la falta que se le imputa es la apropiación patrimonial en concurso homogéneo y sucesivo. Es el director de la entidad y se ha opuesto a la práctica de diligencias de inspección de documentos en las dependencias de la misma. Tiene la responsabilidad contractual y se le imputan irregularidades de esa índole en los 15 últimos contratos celebrados.

Lo anterior, a manera de ejemplo, pues cada caso ofrecerá sus particularidades; lo importante es que la suspensión no sea una medida caprichosa y subjetiva, ella debe responder a un análisis serio acerca de los medios aducidos al proceso.

El escrito que se presenta por parte de la defensa al momento del traslado en segunda instancia debe estar dirigido a desvirtuar la valoración efectuada por la instancia respecto de las causales que soportaron la suspensión provisional, mas no a atacar o cuestionar los juicios de responsabilidad que estén contenidos en la apertura de investigación, el pliego de cargos o el fallo, según la decisión en la que se haya dispuesto la medida cautelar. Tal situación se explica por cuanto cuando se resuelve la consulta por la segunda instancia, el juez disciplinario no puede ni debe pronunciarse acerca de

la responsabilidad, sino respecto de las causas que motivaron la medida. En muchas ocasiones puede resultar que tal deslinde es imposible; por ejemplo, en el evento de las inhabilidades e incompatibilidades, pues frente a esas imputaciones la segunda instancia, al resolver la consulta para confirmar la suspensión o revocarla, siempre termina por decir si en su sentir se presenta o no la inhabilidad o la incompatibilidad. Lo objetivo termina confundándose con lo subjetivo.

La suspensión provisional es una figura compleja que por los efectos que produce y por el compromiso que implica por parte de quien profiere la decisión que la contiene la mayoría de los servidores públicos se abstiene de imponerla. En ese sentido, en la práctica, la discrecionalidad de la medida, en últimas, termina prevaleciendo en relación con su finalidad preventiva e instrumental.

La mejor forma es ponderar la necesidad de la imposición de la medida para la protección del proceso y de la función pública y el efecto limitante de derechos fundamentales que implica la medida; en ese sentido solo se impondrá cuando resulte estrictamente necesaria y existan esos serios elementos de juicio que exige la ley.

No se puede pasar por alto el procedimiento que rige la medida, en sede de la consulta. Es necesario siempre el envío de la comunicación al afectado, para que cuando esté el proceso en segunda instancia este materialice el contradictorio. En muchas ocasiones tal requerimiento se pasa por alto, lo que origina la devolución del expediente para que sea la instancia quien cumpla ese deber.

Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, deben entenderse hábiles, durante los cuales el disciplinado y su defensa podrán presentar las alegaciones respectivas, acompañadas de las pruebas que las sustenten. Si el trámite es en el proceso verbal por disposición del artículo 178 de la Ley 734 de 2002, los términos se reducen a la mitad, el traslado referido debe darse por dos días hábiles.

Hay que tener en cuenta además, que el artículo 159 de la Ley 734 de 2002 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-036 de 2003 y la parte final del 158 que expresa: “salvo que esta circunstancia haya sido determinada por el comportamiento dilatorio del investigado o de su apoderado”; también fue declarada inexecutable por la sentencia C-1076 de 2002.



www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Diagonal 22 B No. 67-70
Bogotá, D.C., Colombia