

PENSAMIENTO DISCIPLINARIO

REFLEXIONES SOBRE
LA LEY 2094 DE 2021



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION



IEMP

Instituto de Estudios
del Ministerio Público

Copia privada para el Ejército Nacional

PENSAMIENTO DISCIPLINARIO

REFLEXIONES SOBRE
LA LEY 2094 DE 2021



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION



IEMP

Instituto de Estudios
del Ministerio Público

Copia privada para el Ejército Nacional



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**



Instituto de Estudios
del Ministerio Público

Pensamiento Disciplinario Reflexiones sobre la Ley 2094 de 2021

© Instituto de Estudios del Ministerio Público–IEMP, 2022.

Carrera 5 No. 15-80, piso 16, Bogotá, D. C., Colombia.

pbx: (1) 587 8750 - Ext. 11621

Tel: 283 27 21 - Ext. 115

<http://iemp.procuraduria.gov.co>

© Procuraduría General de la Nación, 2022.

Carrera 5 No. 15-80,

Bogotá, D. C., Colombia

pbx: (1) 5878750 - Exts. 13101 - 13102

www.procuraduria.gov.co

Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público

Carlos José González Hernández

Coordinador editorial-IEMP

Luis Felipe Núñez Mestre

Conceptualización y diseño

William Botía Suárez

Corrección de estilo

Raúl Felipe Ospina

Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Colombia

ISBN: 978-958-734-310-6



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACIÓN**

Margarita Cabello Blanco

PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

Silvano Gómez Strauch

VICEPROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Carlos José González Hernández

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS
DEL MINISTERIO PÚBLICO

Esiquio Manuel Sánchez Herrera

PRESIDENTE DE LA SALA
DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO

PRESENTACIÓN

El derecho disciplinario colombiano es el resultado de más de 200 años de una producción académica y de un desarrollo institucional que inició desde que el mismo libertador Simón Bolívar, en 1819, planteó la necesidad de integrar una figura de un poder moral en los ordenamientos de las naciones independientes. En el caso de nuestro país, desde entonces, el derecho disciplinario pasó a ser parte integral de los esfuerzos por asegurar la ética y la moralidad pública y, sobre todo, el respeto por la justicia y el ordenamiento jurídico.

Ese proceso de consolidación de esta especialidad como una bandera del pensamiento jurídico colombiano también ha incluido un importante desarrollo dogmático, consecuencia de lo que algunos autores denominan un estudio científico del derecho disciplinario*. Y es así, este tipo de derecho se ha afianzado como una ciencia independiente de otras especialidades como el derecho penal. Esto ha derivado en métodos específicos de análisis para la construcción de teorías complejas para aplicar la ley e interpretarla bajo los principios y postulados constitucionales de nuestro ordenamiento.

El derecho disciplinario colombiano es único en el mundo, pues no está inspirado en ningún otro sistema jurídico. Es una creación local cuyo desarrollo alcanza hoy los dos siglos y que se ha convertido en un pilar de nuestro Estado de Derecho. Las consecuencias de la construcción de una dogmática disciplinaria independiente son hoy bastante evidentes. A finales del siglo XX, el proyecto constitucionalista colombiano integró el derecho disciplinario como un pilar de la nueva institucionalidad pensada para negociar y construir la paz en Colombia. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 concibió que una entidad como la Procuraduría General de la Nación, también ligada a los propios orígenes republicanos de Colombia, debía

* Gómez Pavajeau, C.A., El derecho disciplinario en Colombia. “Estado del arte” en Revista Derecho Penal y Criminología, volumen xxxii - número 92 - enero-junio de 2011, Universidad Externado de Colombia, pp. 115-154.

encabezar el Ministerio Público como un ente de control autónomo e independiente capaz, entre otras muchas funciones, de investigar y sancionar a aquellos funcionarios públicos que incumplieran sus deberes y que, por ende, afectaran el interés general.

Esta publicación tiene el objetivo de presentar las discusiones actuales alrededor del derecho disciplinario y de su nueva normativa, el Código General Disciplinario. En este libro hemos hecho un esfuerzo por reunir a varias de las voces más relevantes en la teoría y en la práctica del derecho disciplinario, y hemos buscado hacer un recorrido por algunos de los puntos más relevantes de ese nuevo código constituido por la Ley 1952 de 2019 y la Ley 2094 de 2021.

Con la idea de reflexionar acerca del “pensamiento” disciplinario, estamos compartiendo visiones distintas sobre aspectos procesales y sustanciales de la nueva normativa. Esperamos motivar mayores discusiones tanto desde el punto de vista académico como desde la práctica en Colombia. En ese sentido, las y los autores del texto presentan reflexiones asociadas con, entre otras cosas, los principales cambios que introdujo esta nueva normativa, como el Recurso Extraordinario de Revisión, las modificaciones a la etapa de indagación previa y la fuerza imperativa de los principios del sistema acusatorio. Además, discute las implicaciones de la nueva norma para algunos actores estatales, como los miembros de la fuerza pública, y para la ciudadanía, como los particulares involucrados en la actividad contractual del Estado.

Estamos ante la normativa disciplinaria más garantista de la historia de Colombia y, por eso, espero que esta publicación sirva para que se siga construyendo sobre lo construido siempre bajo una óptica defensora del Estado de Derecho y de la democracia.

Margarita Cabello Blanco
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

ÍNDICE

12 aspectos fundamentales del Código General Disciplinario ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA	11
La Responsabilidad Disciplinaria de los particulares en la actividad contractual del Estado: un régimen diferenciado y limitado ERNESTO ESPINOSA JIMÉNEZ	41
Las víctimas en el Código General Disciplinario JAVIER AUGUSTO SARMIENTO OLARTE	81
Medidas Preventivas en ejercicio de la función Preventiva y Disciplinaria GABRIEL EDUARDO DEL TORO BENAVIDES	115
Principales modificaciones procesales en el Código General Disciplinario JOHN HARVEY PINZÓN NAVARRETE	149
La Indagación Previa en el Código General Disciplinario LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN	213
Juzgamiento Disciplinario: fundamento, principios, desarrollo e innovaciones en el Código General Disciplinario ANTONIO JOSÉ NÚÑEZ TRUJILLO	245
Del Recurso Extraordinario de Revisión: Código General Disciplinario Ley 1952 de 2019 - Ley 2094 de 2021 DIOMEDES YATE CHINOME	275
Aproximación al Régimen Disciplinario de los servidores públicos de elección popular en Colombia ANDREA NATALY BERMÚDEZ SÁNCHEZ CARLOS HUMBERTO GARCÍA PARRADO	347
Aplicación del Código General Disciplinario a la Fuerza Pública TATIANA MORENO SHETT AURA BETULIA FAJARDO MORENO MÓNICA INÉS DELGADO ORTIZ	379

12 ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

ESQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA¹

RESUMEN:

El Código General Disciplinario contiene importantes disposiciones que configuran su filosofía y teleología, tornándolo en una herramienta de eficaz autotutela de la administración pública, pero a la vez lo identifican como un haz normativo humanista y garantista.

En esa línea argumentativa, la nueva normatividad contiene aspectos que importa destacar para una mejor comprensión por parte de quienes operan con el Derecho Disciplinario. De lo que tratan estas reflexiones es de mostrar esos aspectos que consideramos de mayor relevancia en esta materia.

Entre esos aspectos sobresalen: el carácter Principialista del Estatuto; la fuerza imperativa de esos principios; las implicaciones del principio de legalidad en la labor de adecuación de las conductas; la regulación sistemática de las faltas gravísimas; la jerarquía del establecimiento de las faltas para darle aplicación a los principios de especialidad y subsidiaridad; el contenido de los criterios de graduación de las faltas; la racionalización de las sanciones, entre otros temas.

1 Procurador Delegado de la Sala Disciplinaria de Juzgamiento Ordinaria. Profesor de Derecho Penal y Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia, Ex-Vicedefensor del Pueblo. Miembro de las comisiones redactoras del Código Penal (Ley 599 de 2000), Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), del Código General Disciplinario (Leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021). Conferencista nacional e internacional, autor de diversas obras en Derecho Penal, Procesal Penal y Derecho Disciplinario.

En el campo de la afiliación dogmática del estatuto, de forma expresa, se contemplan las categorías del dolo y la culpa, propiciando de esa manera claridad en los elementos que las configuran. No menos importante, en esta misma concepción dogmática, es el señalamiento expreso dentro de las causales de ausencia de responsabilidad disciplinaria, de los efectos de actuar con error de hecho o de derecho vencible. En fin, en este trabajo abordamos los 12 aspectos sustanciales que consideramos de mayor trascendencia por parte del nuevo Código Disciplinario.

PALABRAS CLAVE:

Principios, dignidad humana, falta, ilícito disciplinario, sanción, dolo, culpa, error de hecho, error de derecho, destitución, inhabilidad, amonestación.

ABSTRACT:

The General Disciplinary Code contains important provisions that shape its philosophy and teleology, turning it into a tool for effective self-protection of the public administration, and at the same time, it promotes a humanistic and guaranteeing normative bundle. This article addresses the main reflections that take place by those in charge of conducting disciplinary proceedings.

The principled and conscientious approach of the code gives a special force to some of the main characteristics of the disciplinary procedure, such as: the application of the legality principle, the systematic regulation of the most serious offenses, the hierarchy of the subsidiarity criteria, rationalization of sanctions, and others.

The dogmatic affiliation of the code contemplates misconducts and negligence, analyzing the elements that compose them. It also expresses the affiliation when, within the absence of disciplinary liability, the effects of mistakes can be overcome safeguarding the law. Finally, the paper addresses the twelve substantive aspects considered of greater importance in the new Disciplinary Code.

KEYWORDS:

Principles, human dignity, offence, wrongful disciplinary action, sanction, malice, fault, factual error, law error, destitution, inability, warning.

INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Corte Interamericana del 8 de julio de 2020, en el caso Petro Urrego contra el Estado Colombiano, le impuso al legislador nacional importantes retos en el campo disciplinario. Retos que provienen del mismo contenido de esa decisión, pero también del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin lugar a dudas, la reforma a la ley disciplinaria tuvo entre sus orígenes más inmediatos aquella decisión.

Sin embargo, la Comisión Redactora del proyecto de ley, al interior de la Procuraduría General de la Nación, fue más allá y confeccionó un Estatuto Disciplinario coherente, con una alta carga axiológica y sumamente garantista. Le otorgó facultades jurisdiccionales al órgano de control, en los términos del artículo 116 de la Constitución Política, entendiendo que el artículo 23-2 de la Convención no debe interpretarse en sentido literal y limitado al juez penal como legitimado exclusivamente para restringir los derechos políticos de los elegidos popularmente. De ahí que, para la ejecución del fallo sancionatorio, que impone una limitación al derecho político del servidor público elegido popularmente, determina que ella solo generará efectos una vez el juez contencioso se pronuncie acerca del recurso extraordinario de revisión, pues la admisión de este suspende la ejecución de la decisión.

Además de los aspectos referidos al ámbito sustancial, en el campo procesal se produjeron trascendentales modificaciones, tales como: la consagración de un catálogo de principios de esta índole, como la nueva forma de comprensión de la garantía del debido proceso; la inclusión expresa y reglada del principio acusatorio, cuya mención implica, en garantía de la imparcialidad del juzgador, la separación de las fases de acusación y juzgamiento, en cabeza de diferentes servidores; la exclusión en el trámite de las actuaciones, de los procesos de única instancia, se respeta la garantía de la doble instancia; la contemplación del principio de la doble conformidad, en virtud del cual el fallo sancionatorio, producido en segunda instancia, es sus-

ceptible de impugnación; se propician mejores beneficios punitivos para la aceptación de cargos y la confesión; y se contempla un recurso extraordinario de revisión que busca brindar mayor seguridad de acierto en la decisión que se adopte contra los investigados.

Por lo tanto, en este trabajo, analizaremos esos 12 aspectos sustanciales que consideramos de suma importancia para la debida comprensión del estatuto. El Código General Disciplinario, integrado por las leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021, consagra varias situaciones que impactan de forma decidida en la tarea de adecuación típica de un comportamiento atribuible a un disciplinable y en la declaratoria de su responsabilidad, que es preciso conocer. Veamos:

1. EL NUEVO ESTATUTO SE MATRICULA EN LAS CORRIENTES PRINCIPIALISTAS

El Código General Disciplinario es una normatividad que se afilia a la corriente Principialista, mostrando con ello su adscripción a la filosofía que le imponen al ordenamiento jurídico en general, tanto la Constitución Política como el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

En efecto, este plexo normativo contiene, entre los artículos 1 al 21, un catálogo de principios con una alta carga axiológica, como mandatos de optimización que pretenden la materialización de un conjunto de garantías que tornan la actuación disciplinaria en un mecanismo de autotutela de la administración pública, coherente, humanista, garantista y, sobre todo, respetuosa de las prerrogativas que le asisten a los intervinientes.

Su primer artículo está referido al respeto de la dignidad humana, principio que impone que el disciplinable no puede ser, de ninguna manera, cosificado, instrumentalizado o mediatizado por las instancias sancionatorias. Además, se constituye en fundamento de los principios de culpabilidad y de derecho disciplinario de acto, que rigen de forma certera en la materia.

La dignidad humana es garantía del disfrute y respeto del debido proceso y de las prerrogativas que lo integran. En el ámbito de la sanción, ella es el soporte de principios como los de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

2. LOS PRINCIPIOS TIENEN FUERZA VINCULANTE

Los principios tienen fuerza vinculante, irradian la interpretación y prevalecen sobre las demás disposiciones del estatuto. Así expresamente lo indica el artículo 22 del Código. Disposición que además integra al ámbito disciplinario los principios contenidos en la Constitución y, por virtud del artículo 93 de la Carta, los expresados en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, en materia de derechos humanos, que sean compatibles con los valores constitucionales y el modelo constitucional nuestro.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TIENE PRECISOS EFECTOS

El artículo 4° regula el principio de legalidad, contemplando dos situaciones que tienen especial implicación en la labor del juez disciplinario cuando de hacer el juicio de adecuación típica se trata. En esa norma se dice que: “La preexistencia también se predica de las normas complementarias”.

Tal mención, en consonancia con la clases de tipos abiertos y remisivos con los que opera el Derecho Disciplinario, impone que la norma de reenvío o complementaria también debe ser preexistente a la conducta que se le atribuye al investigado.

Huelga recordar que en sede disciplinaria rige el principio de cobertura legal, en virtud del cual se admite una matización y flexibilización del principio de tipicidad. No se predica, en este campo, la tipicidad rígida o precisa que sí aplica en sede penal. El tipo disciplinario

cumple diferentes funciones, la primera de ella es la de garantía o también conocida como de plasmación del principio de legalidad de la imputación, materializa esa idea de que solo sean faltas aquellos comportamientos que el legislador ha seleccionado previamente como tal, y que ha consagrado en el Código Disciplinario. La segunda de esas funciones es la de determinación o motivación general, en virtud de la cual se busca, con la consagración de la conducta como falta, prevenir que los sujetos disciplinables se abstengan de cometer esas conductas bajo la amenaza de la imposición de la sanción. En ese sentido, la norma disciplinaria encauza la conducta del servidor público para prevenir que se sustraiga al cumplimiento de sus deberes y compromisos funcionales. El tipo disciplinario llama la atención a los sujetos disciplinables para que sean respetuosos de los principios que rigen la función pública. Como última función del tipo disciplinario cabe mencionar la de definidora, delimitadora o diferenciadora de unos tipos con otros; para ese menester la descripción típica identifica con meridiana claridad sus elementos característicos o definitorios. En ese sentido, en esta materia, hay tipos calificados como gravísimos, graves y leves, según la naturaleza de las faltas.

El tipo disciplinario está integrado por un supuesto de hecho y una consecuencia, como regla general. Sin embargo, en los diferentes estatutos disciplinarios existe una especial técnica de regulación, en la que se separa la contemplación de la conducta que constituye falta, de la norma que establece la consecuencia, esto es, de la sanción. Así, por ejemplo, en el Código General Disciplinario, en el artículo 37, se contemplan los derechos; en el 38 los deberes y, en el 39, las prohibiciones. Estas conductas pueden constituir faltas graves o leves, según los criterios que se precisan en el artículo 47. Entre los artículos 52 al 65 se contemplan las faltas gravísimas. En ninguna de esas anteriores disposiciones, al interior de la descripción de la conducta o supuesto de hecho, se fija la consecuencia; para ello es menester recurrir a una norma aparte que, en este caso, es el artículo 48, donde se fijan las sanciones de acuerdo a la clase de falta y a la imputación subjetiva.

El tipo disciplinario puede ser, entonces, remisivo, abierto o en blanco. La norma en comento nos habla de norma complementaria, en relación con la clase de tipo. Entonces lo que ahí se contempla es una garantía de que solo se puede imputar la conducta cuando la norma de reenvío es también preexistente a la conducta que se le atribuye al investigado. Por ejemplo, el numeral segundo del artículo 56, que contempla las faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses, señala que incurre en este tipo disciplinario quien realiza la conducta de: “Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona, a sabiendas de que en ella concurre causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses”. La norma complementaria de este tipo disciplinario es aquella que señala la causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses, por lo tanto ella también debe preexistir, al momento de la incursión, en la conducta contenida en la norma que hace el reenvío.

Hay varias particularidades de los tipos disciplinarios que es necesario advertir para poder comprender la sistemática de las faltas gravísimas. En materia de autoría, confluyen en esta sede, los tipos normales o de dominio del hecho y aquellos denominados de infracción de deber. La teoría del dominio del hecho, que tiene su génesis en el finalismo, fue precisada y perfeccionada por Claus Roxin, para ella la diferencia entre autor y partícipe descansa en quien domina la ejecución de la conducta; es autor quien domina el hecho, el protagonista central del tipo, por ejemplo es autor quien apuñala a la víctima, será partícipe quien interviene en la conducta sin tener el dominio del suceso delictivo. Recordemos que en materia disciplinaria no hay espacio para la participación, todo el que interviene en la conducta domina el suceso. Es por ello que se suele acotar que la definición más correcta en el campo disciplinario es la de hablar de tipos de infracción de deber. En estos tipos de infracción de deber es indiferente, para hablar de autor, que el sujeto tenga dominio del hecho, con tal de que infrinja, ya sea por acción o por omisión, el deber específico que contempla la norma.

En esta materia también cabe la distinción entre tipos de mera conducta y tipos de resultado. En los primeros se requiere una determinada conducta, que puede ser por acción o por omisión, sin necesidad de la producción de un determinado resultado. Ejemplo de esta clase de tipos sería la del numeral 9, del artículo 55, en el que se dice: “Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”.

En los tipos de genocidio, homicidio, lesiones, tortura, etc., se requiere, para la imputación del tipo respectivo, que se produzca el resultado previsto en la disposición.

El tipo abierto se caracteriza por cuanto se posibilita la imputación a título de dolo o culpa, la descripción que hace el legislador de la conducta no está delimitada con precisión. Por ejemplo, en el artículo 44, cuando el legislador consagra el conflicto de intereses, lo hace de manera poco precisa. El tipo en blanco, por su parte, remite a otra disposición para rellenar de contenido el supuesto de hecho. A este efecto, claro ejemplo de esta clase de tipos es el artículo 56 en sus numerales primero y segundo.

En el tipo disciplinario concurren como mínimo los siguientes elementos: un sujeto activo, relativo a quien tiene la condición de autor, puede ser un servidor público o un particular que cumple función pública; es quien realiza la acción u omisión típica, es quien infringe el deber; una conducta, que puede ser realizada por acción u omisión, hay tipos disciplinarios cuya realización puede darse por un acto positivo o negativo, hay otros que tienen varias modalidades de realización, de conductas alternativas; un sujeto pasivo, que es sobre quien recae la acción, por lo general es la administración pública, pero en algunos eventos, como por ejemplo el homicidio, el genocidio, o temas de derechos humanos, hay sujetos pasivos determinables. Algunos tipos también contienen ingredientes normativos y subjetivos. En materia disciplinaria los ingredientes subjetivos hacen parte del tipo objetivo. Además podrán concurrir otros elementos o particularidades de los tipos disciplinarios, como la generación de un resultado en sentido

jurídico y su imputación objetiva, algunas circunstancias especiales de cualificación del sujeto activo o pasivo, concurrencia de modalidades de ejecución, circunstancias de tiempo, lugar o modo, etc.

Los elementos descriptivos aluden a aquellos que se expresan mediante el saber común empírico y lógico de cualquier persona, sin necesidad de recurrir a juicios valorativos o normativos. Son esas situaciones que puede la persona percibir directamente. Son realidades naturalísticas. Describen el contenido material-objetivo que caracteriza la prohibición o el mandato típico. Ejemplo, expresiones que aparecen en algunos tipos, como: cosa, oficinas, edificio, otro, productos alimenticios, etc.

Los ingredientes normativos son aquellos que, para la determinación de la expresión contenida en la norma, se requiere el conocimiento de alguna norma jurídica, social o cultural. Ejemplo, servidor público, función pública, hacer apropiaciones presupuestales, inhabilidad, incompatibilidad, etc. Presuponen un juicio de raciocinio del juez disciplinario para determinar el significado jurídico de la respectiva expresión.

El ingrediente subjetivo alude a esas expresiones contenidas en algunos tipos disciplinarios que señalan el ánimo, la intención o propósito que acompaña al autor. Ejemplo, a sabiendas, con el propósito de, el que conociendo, etc. Estos tipos no admiten la imputación culposa.

De ese artículo 4, que se viene mencionando, es importante verificar el efecto de la siguiente alusión: “La labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiaridad”.

La especialidad y la subsidiaridad son principios destinados a evitar las dobles imputaciones, a evitar los denominados concursos aparentes de tipos disciplinarios. Son garantía, además, del principio del *ne bis in idem*, que impide que por un mismo comportamiento se atribuyan varias faltas, por su calificación jurídica diferente.

El principio de especialidad enseña que: El precepto disciplinario especial, el que recoge con mayor precisión los elementos de la falta, se aplica de preferencia al tipo general.

Subsidiaridad. El precepto disciplinario subsidiario se aplicará solo en defecto del principal. Puede ser expreso o tácito. La primera modalidad se presenta, por ejemplo, cuando la ley dice que: “siempre que la conducta no constituya falta sancionable de mayor forma, o con pena superior. Es tácita, cuando se deduce o infiere de la misma redacción legal.

Respecto de estos principios, por virtud de lo contemplado en los artículos 65 y 67, se produce una gran innovación en el Código General Disciplinario. La primera de esas disposiciones señala lo siguiente:



“Faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiaridad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él”.



En la ley 734 de 2002, la realización objetiva de una descripción típica de un delito era la primera de las faltas que se consagraban en el artículo 48 de esa normatividad, por lo que, atendiendo al principio de especialidad, se debía en primer lugar acudir a esta adecuación. Con el Código General, la situación cambia ostensiblemente, pues ahora primero se acude a las faltas gravísimas, contenidas entre los artículos 52 al 64 y, si la conducta no encaja en ninguna de esas regulaciones, se acude al artículo 65. Con ello queda claro que la descripción de un delito como falta es un tipo subsidiario de las demás faltas gravísimas.

Por su parte, el artículo 67, resalta que:

“

“Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la incursión en prohibiciones, **salvo que la conducta esté prevista como falta gravísima**” (resaltado fuera del texto).

”

En armonía e interpretación sistemática, entre estos artículos 65 y 67, queda claro que el orden para la adecuación típica correcta, en el Código General Disciplinario, es el siguiente:

- a). En primer lugar el juez disciplinario debe acudir a encuadrar la conducta en uno de los artículos, entre el 52 y 64, precisando el respectivo numeral.
- b). Si luego de hacer ese análisis concluye que no encaja en ninguna de esas disposiciones, entre el artículo 52 al 64, debe acudir a lo que señala el artículo 65 *ejusdem*, procediendo a verificar si el comportamiento se adecúa al tipo objetivo de una descripción típica señalada en el código penal como delito sancionable a título de dolo, cuando se comete en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.
- c). Si efectuado el anterior procedimiento concluye el juez disciplinario que la conducta no encaja en ninguna de las precedentes disposiciones, la calificará como grave o leve, siempre que ella se adecúe en lo que disponen los artículos 37, 38 y 39 del Código General Disciplinario; para ese menester debe acudir a los criterios contemplados en el artículo 47, para discernir si la falta es grave o leve.
- d). Si la conducta no se adecúa a ninguna de las anteriores disposiciones, la conclusión no puede ser otra que la atipicidad de la misma.

Ahora bien, que el Código General Disciplinario se refiera expresamente a los principios de especialidad y subsidiaridad no significa que, en la materia, no apliquen otros principios que se suelen utilizar para resolver el tema del aparente concurso. Entre ellos, se mencionan el de consunción y el de alternatividad.

Consunción. El precepto disciplinario más amplio o complejo absorbe a las acciones necesarias para llegar a su consumación. Ejemplo, el homicidio absorbe las lesiones que propiciaron la muerte.

Alternatividad. Se aplica en defecto de los anteriores, enseña que el precepto disciplinario más grave, el de mayor sanción, excluye a las demás faltas de sanción menor.

4. UN CATÁLOGO DE COMPORTAMIENTOS PARA DIFERENCIAR LAS FALTAS

El Código General Disciplinario convirtió comportamientos, que antes eran faltas gravísimas, en faltas graves o leves, y llevó a gravísimas algunos que eran faltas graves o leves. Veamos algunas situaciones. En la contemplación de los derechos no hubo variación entre lo que decía la Ley 734 de 2002 y lo que expresa el Código General Disciplinario. En los deberes se presentan las siguientes situaciones:

a). En el numeral segundo del artículo 38, del Código General Disciplinario, se establece un nuevo deber relativo a: “Acatar las órdenes e instrucciones contenidas en las Directivas Presidenciales, cuyo objeto sea la promoción de los derechos humanos y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el manejo del orden público”. Este nuevo deber era considerado por la Ley 734 como falta gravísima, en el numeral 53 del artículo 48, sin que en la reproducción de la norma se incluyan las expresiones: “o la congelación de nóminas oficiales, dentro de la órbita de su competencia”, mención que sigue siendo falta gravísima contenida en el numeral 12 del artículo 57 del Código General Disciplinario. Así las cosas, la primera parte del deber da lugar a que

su desatención sea ahora falta grave o leve, operando frente a la misma el tema de la favorabilidad.

b). El deber del numeral 41, del artículo 38 del Código General Disciplinario, es nuevo y consiste en: “Llevar en debida forma los libros de registro de la ejecución presupuestal de ingresos y gastos, y los de contabilidad financiera”. Este deber era falta gravísima contemplada en el numeral 26 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. De ahí que, ahora su incumplimiento pueda ser calificado como falta grave o leve, según sea el caso, operando de esta manera, respecto de las investigaciones en curso, y aun en relación de sancionados, el principio de favorabilidad.

c). El deber del numeral 43 correspondía a la falta gravísima del numeral 57 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que expresa que: “Enviar a la Procuraduría General de la Nación dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del fallo judicial, administrativo o fiscal, salvo disposición en contrario, la información que de acuerdo con la ley los servidores públicos están obligados a remitir, referida a las sanciones penales y disciplinarias impuestas, y a las causas de inhabilidad que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía”. Ahora entonces es falta grave o leve, según los criterios que fija la ley. De todas maneras, nos parece, que no debió excluirse esta conducta del listado de las gravísimas, pues es un comportamiento que afecta seriamente la función pública. Eso sí, se pudo haber mejorado la redacción al interior de aquella regulación, por ejemplo ampliando el plazo del cumplimiento del deber, o estableciendo ingredientes normativos, como “sin justa causa”, pero no sacarla del sistema de las faltas gravísimas.

Respecto de las prohibiciones se presentan las siguientes situaciones:

a). En el numeral noveno del artículo 39, del Código General Disciplinario, aparece una nueva prohibición, referida a ausentarse, sin justificación, del cumplimiento de la función, cargo o servicio. Debe

entenderse que esa ausencia es aquella momentánea o en un término corto, sin que haya autorización o justificación para ella. En ese sentido es importante diferenciar esta conducta de la falta gravísima del numeral 5° del artículo 55 *ejusdem*.

b). La prohibición del numeral 12, del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, no aparece en el listado del artículo 39, del Código General Disciplinario. En ella se dice: “Proporcionar dato inexacto o presentar documentos ideológicamente falsos u omitir información que tenga incidencia en su vinculación o permanencia en el cargo o en la carrera, o en las promociones o ascensos o para justificar una situación administrativa”. Este comportamiento queda recogido en el numeral 6°, del artículo 55, del Código General Disciplinario, relativo a aquellas faltas que afectan el servicio o la función pública. Es ahora, entonces, falta gravísima, lo que hace operante la favorabilidad para aquellos hechos que hubieren ocurrido antes de la entrada en vigencia del Código General Disciplinario.

c). La del numeral 16, del artículo 35, del Código Único Disciplinario, no aparece en el listado de las prohibiciones del Código General Disciplinario, en ella se expresa: “Asumir obligaciones o compromisos de pago que superen la cuantía de los montos aprobados en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC). Este comportamiento es ahora falta gravísima, contenida en el numeral 5, del artículo 57. Se agrava entonces esta conducta, nos parece, sin embargo, que debió quedar en el listado de las prohibiciones, pues no existe justificación alguna para llevarla al catálogo de las faltas gravísimas. Lo que debió hacerse es separar lo alusivo al pago de una obligación inexistente.

d). La prohibición del numeral 31, del artículo 39, del Código General Disciplinario, expresa: “Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con la institución a la que pertenece”. Este comportamiento era falta gravísima en el numeral 45, del artículo 48, de la Ley 734 de 2002. Ahora se convirtió en falta grave o leve, según sea el caso.

e). En el numeral 33 se consagra la prohibición que dice: “Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo”. Este comportamiento corresponde a la falta gravísima del numeral 61, del artículo 48, de la Ley 734 de 2002, ahora en el nuevo régimen pierde esa naturaleza y podrá ser grave o leve, según los criterios determinados en la ley.

5. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA

En este ámbito, la Ley 2094 de 2021, produjo una importante variación. La Ley 1952, al regularlos, suprimió los de los numerales primero y noveno. Lo que hace en este aspecto la Ley 2094 es revivir esos dos criterios para generar unos efectos que tienen un efecto trascendental en la estructura de la falta, en la imputación de la conducta y, además, en la imposición de la sanción.

La actual disposición expresa lo siguiente:



“Artículo 47. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en la ley. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. La forma de Culpabilidad.

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave”.



En ese numeral primero, se varía la terminología entre la Ley 734 de 2002 y la 2094 de 2021. Antes se decía “el grado de culpabilidad”:

surge entonces el interrogante de cuál es la diferencia entre expresarse en grados y en formas de culpabilidad.

La expresión de grado o especie de culpabilidad fue acuñada por los representantes del denominado esquema clásico del delito, los alemanes Franz Von Liszt y Ernst Von Beling, quienes expresaban que la culpabilidad era una relación psicológica o psíquica entre el querer del autor y su acto, esa relación se manifestaba en grados, la primera de ellas la relación psíquica perfecta, estaba representada por el actuar doloso, era perfecta precisamente por la coincidencia existente entre lo que el autor quería y lo que terminaba haciendo; por ejemplo, quería matar y mataba. La culpa era el segundo grado de culpabilidad, era la relación psicológica imperfecta, por la falta de coincidencia entre lo que el sujeto quería y lo que terminaba produciendo, quería conducir su vehículo, pero terminaba atropellando a un peatón.

La expresión de forma de culpabilidad es propia de la dogmática neoclásica, cuyo máximo exponente lo fue Edmund Mezger, para quien la culpabilidad no es el simple vínculo psíquico entre el querer y el hacer, sino que además hay que sumarle el criterio normativo que soporta el juicio de desaprobación y de reproche a esa conducta del autor. De ahí que, además del dolo y la culpa, son elementos o formas de culpabilidad, la imputabilidad y la exigibilidad de comportamiento diverso. Al autor le era exigible, al momento de cometer la conducta que constituye falta, tener capacidad de comprensión y de comportarse de forma diferente a como lo hizo.

En el campo disciplinario de la Ley 2094, la culpabilidad es claramente tanto relación psíquica entre la conciencia del sujeto y su conducta, como también relación normativa, en tanto que esa conducta es merecedora de juicio de reproche, por parte del juez disciplinario, pues al agente le era exigible comportarse de forma diferente a como lo hizo.

La Ley 2094 de 2021 toma partido en la estructura de la falta, por ubicar el dolo y la culpa en sede de culpabilidad. De ahí que,

al hablarse de forma de culpabilidad, se está produciendo la superación de la dogmática clásica que, como lo dijo algún autor, fue “flor de un día”.

Respecto del numeral 9°, de la norma en análisis, cabe indicar que ella es una importante herramienta dogmática, que produce efectos fructíferos en la tarea de humanizar el régimen de sanciones contemplado en la ley disciplinaria.

En efecto, al decir este numeral que la realización típica de una falta gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave, lo que está haciendo es matizar el régimen duro y radical de sanciones que contiene la ley disciplinaria. Si una falta gravísima es cometida con dolo, la sanción a imponer es la destitución e inhabilidad de diez a veinte años; si este mismo tipo de falta es cometida con culpa gravísima la sanción es destitución e inhabilidad general de ocho a diez años; en cambio, si la falta es objetivamente gravísima y se comete a título de culpa grave, la sanción será de suspensión de uno a doce meses, algo que resulta más acorde, coherente y justo, si se parte de la base de que la imputación subjetiva fue culposa y de menor intensidad.

Además, se suma a ello, que es muy delgada la línea para delimitar las clases de culpa gravísimas con la culpa grave. Por ello es mucho más razonable y coherente haber recuperado este numeral para la matización del régimen de sanciones.

6. RÉGIMEN DE SANCIONES: MÁS COHERENTE

La Ley 2094 vino a configurar un régimen de sanciones más coherente y justo que el consagrado en la Ley 1952 de 2019. La segunda de estas leyes corrigió el grave error conceptual en el que incurrió la Ley 734 de 2002, al establecer el mismo efecto sancionatorio para los comportamientos realizados con dolo y culpa gravísima cuando se estaba frente a una falta gravísima.

Sin embargo, eso que corrigió para las faltas gravísimas, no lo hizo para las demás clases de falta, por el contrario agravó los comportamientos culposos, sin justificación coherente alguna. Situación que se agravaba aun más con la desaparición del criterio del numeral 9° del artículo 47, que fuera recuperado por la Ley 2094.

Las faltas graves y leves, cometidas con culpa, en la Ley 1952, fueron agravadas. La 2094 corrigió tal situación, expresando que si la falta es grave, cometida con culpa grave, la sanción es suspensión de uno a doce meses. Y, si la falta es leve, cometida con culpa grave, la sanción es de amonestación.

A este respecto, bueno es recordar que también la Ley 1952 cometió un grave yerro al suprimir como sanción la amonestación, cuando es claro que esta es la que más cumple la función correctiva, para el servicio y la función pública, en los términos del artículo 5°. En la Ley 1123 de 2007, en el Estatuto del abogado, existe también en esta misma línea de sanciones con funciones correctivas y de mejoramiento de los disciplinables, la censura. Medida que, sin lugar a dudas, al igual que la amonestación, filosóficamente buscan una mejor actividad ética tanto del abogado en el ejercicio de la profesión, como del servidor público en el cumplimiento de su rol funcional.

Como si fuera poco, en esa perspectiva de humanización del régimen de las sanciones, la Ley 2094 de 2021 aporta un nuevo ingrediente. Entre los criterios agravantes para la dosificación de la sanción, siempre se ha tenido como referente la existencia de sanciones disciplinarias impuestas dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que es motivo de investigación. Ahora ello cambia, respecto de las multas y amonestaciones impuestas con anterioridad, las cuales no se valoran dentro de los cinco años anteriores, sino dentro de los tres años previos a la realización de la conducta que es motivo de investigación.

De esa manera, en lo que nos interesa, el artículo 50 lo precisa y resalta:



“Criterios para la graduación de la sanción. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Agravantes:

“Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga. Salvo lo establecido para la multa y la amonestación que serán valorados si fueron impuestas en los últimos tres (3) años. Las sanciones de multa y la amonestación se tendrán como agravantes si fueron impuestas en los tres (3) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga”.



De esta manera, se produce un aspecto benéfico para el previamente sancionado.

7. LAS CAUSALES DE MALA CONDUCTA COMO FALTAS GRAVÍSIMAS

El artículo 50, de la Ley 734 de 2002, establece que las conductas consagradas en la Constitución o en la ley como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima.

Cabe recordar que, en el numeral 49, del artículo 48, del Código Único Disciplinario, se establecía que las causales de mala conducta contenidas en la Constitución o en la ley hacían parte de las faltas gravísimas, se integraban a ese estatuto en esa condición.

Ese apartado del artículo 50, de la Ley 734 de 2002, no fue reproducido en el Código General Disciplinario. Por su parte, el numeral 12, del artículo 55 de ese último haz normativo, establece que son faltas gravísimas aquellos comportamientos que en la Constitución o en la ley hayan sido contempladas con sanción de remoción o destitución, o como causales de mala conducta.

Esto implica que, de ninguna manera, una causal de mala conducta contenida en la Constitución o en la ley podrá ser degradada a falta leve. A lo sumo, lo podría ser a una falta grave, pero por virtud del numeral 9°, del artículo 47, del Código General Disciplinario.

Ello es así, por cuanto al desaparecer el apartado reseñado del artículo 50, del Código Único Disciplinario, una causal de mala conducta cometida a título diferente del dolo o la culpa gravísima no podría matizarse o calificarse como falta leve, por cuanto no existe el fundamento legal para ello. En cambio, sí podría llegar a ser falta grave cuando es cometida con culpa grave, acudiendo para la degradación al fundamento legal del numeral 9°, del artículo 47 que, recordemos, determina que la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave.

8. LA DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA DE LA FALTA EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

El artículo 26 del Código General Disciplinario establece la definición de la falta disciplinaria, acotando que ella se configura con la realización de todo comportamiento que implique incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado en causal de exclusión de responsabilidad.

La conducta aparece como el primer elemento configurador de la falta, entendida como el acto humano dirigido y controlado

por la voluntad; conducta es acto final, es capacidad de previsión del sujeto. Puede ser realizada por un acto positivo, acción, o por uno negativo, omisión (artículo 27). La conducta que interesa al Derecho Disciplinario es aquella que, por virtud de la relación de sujeción especial del servidor público o el particular que realiza una función pública con el Estado, se produce en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

El concepto de omisión en esta materia está plenamente normatizado, alude a la no realización de una acción de la que se tiene el deber jurídico de llevarse a cabo. Puede ser propia cuando ese deber jurídico hace parte de la descripción típica. Por ejemplo, la del numeral 7, del artículo 54, la del numeral 4, del artículo 55, entre otras.

Puede ser de omisión impropia o comisión por omisión, que es aquella en la que el autor, teniendo el deber jurídico de impedir un resultado, pudiendo hacerlo, no lo evita, equivale a producirlo.

La ilicitud sustancial, ahora consagrada en el artículo 9, fue despojada de ese concepto “de contrariar los principios”, contemplado en la Ley 1952, lo que generaba una hiperinflación del concepto de falta, maximizando el derecho disciplinario a campos que no son de su incumbencia.

La culpabilidad, como categoría estructurante de la falta, vendría a estar integrada por los elementos de imputabilidad, dolo, culpa y exigibilidad de comportamiento diferente.

9. EL DOLO

Es esa forma de imputación subjetiva en virtud de la cual el disciplinable, teniendo conocimiento de lo prohibido de los hechos que realiza porque constituyen falta disciplinaria, y a pesar de ello, de forma voluntaria los lleva a cabo.

El artículo 28 lo define expresando que: “La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización”. De esa conceptualización queda claro que son dos los requisitos configuradores: el cognoscitivo, referido al conocimiento del sujeto de que los hechos que está realizando configuran falta disciplinaria; y, el volitivo, alusivo a la clara voluntad de que a pesar de que los hechos están prohibidos, quiere su realización. Esta definición corresponde al dolo directo, en el que el agente por sí mismo tiene pleno conocimiento de que con su conducta está infringiendo sus deberes funcionales y tiene voluntad clara de hacerlo.

El que el código no haya incluido en esa definición lo alusivo al dolo eventual, no quiere decir que el mismo no aplique en Derecho Disciplinario. En el campo sancionatorio no puede olvidarse que el derecho penal es materia complementaria tanto en principios, como en categorías dogmáticas, por lo tanto, por virtud del principio de integración normativa del artículo 22, se puede precisar lo que en el contexto del derecho disciplinario debe entenderse como dolo eventual. Se tendrá que recurrir para ello a lo que señala el artículo 22, del Código Penal, en el que se define el dolo eventual en los siguientes términos: “También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

En materia disciplinaria el dolo eventual aludirá a que el disciplinable prevé como probable la ocurrencia del hecho que constituye falta disciplinaria y su no producción la deja librada al azar. El sujeto, conociendo de la posible ocurrencia del acontecer constitutivo de falta, no hace nada para evitarlo, es indiferente ante su producción, lo deja librado al azar, a la casualidad.

A la tesis de que en derecho disciplinario sí se aplica el dolo eventual, se le presentan como objeción las siguientes: a) el legislador definió el dolo, y si en la misma no incluyó el eventual es porque no vio necesaria su punición, por lo tanto, no aplica en

esta materia; b) la remisión que se hace por virtud del principio de integración no puede ser restrictiva y desfavorable.

Frente a lo primero habría que decir que ello no es cierto, pues no siempre que el legislador disciplinario define o regula un concepto agota con ello los diversos aspectos que ese concepto puede entrañar; valga mencionar que, cuando habla de inimputabilidad, no consagró las causales que la pueden generar. Sin embargo, tal ausencia de consagración expresa no significa que no se pueda acudir al Código Penal para verificar cuáles de tales causas tienen aplicación en sede disciplinaria. Lo mismo sucede con la regulación de la comisión por omisión, el legislador disciplinario no contempló las posiciones de garantes, y tal ausencia de regulación no impide acudir al estatuto penal para rellenar de contenido a tal institución. Así existen una cantidad innumerables de eventos; por ejemplo, la legítima defensa no está expresamente contemplada entre las causales de ausencia de responsabilidad, pero a nadie se le ocurriría pensar que ella no aplica en sede disciplinaria.

En lo que concierne a lo segundo, ninguna situación desfavorable se adopta por integración, pues el dolo eventual tiene la misma consecuencia punitiva que el dolo directo. Consecuente con ello, lo que se trae es una modalidad del dolo, cuya definición no se consagró en forma expresa en el estatuto disciplinario. Así las cosas, no existe impedimento razonable para que no quepa hacer imputación con dolo eventual en los derechos sancionatorios, incluido el ámbito disciplinario.

10. LA CULPA

Respecto de esta modalidad de imputación subjetiva o forma de culpabilidad, la Ley 2094 de 2021 corrigió el grave error conceptual en el que había incurrido el legislador de la Ley 1952 de 2019, pues al definir la culpa esta normatividad separó de forma indebida la infracción al deber objetivo de cuidado de la capacidad de su previsión, con lo cual se presentaba la conducta culposa con la sola trasgresión del cuidado debido.

Motivo por el cual, la Ley 2094 que vino a solventar tal situación, expresa lo siguiente:



“Artículo 29. Culpa. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla”.



De esa manera, son dos los condicionantes para la configuración de la culpa: el primero de ellos, un elemento normativo de infracción al deber objetivo de cuidado funcional, esto es, el conjunto de parámetros reglamentarios que debe acatar el servidor público para el cabal cumplimiento de su rol funcional. En este primer momento el agente trasgrede la norma que le impone un determinado comportamiento funcional. Empero, ello no es suficiente para la imputación culposa, se requiere, además del segundo presupuesto, el alusivo a que esa infracción al deber objetivo de cuidado le sea previsible al sujeto. Esa previsibilidad alude a las dos modalidades de culpa: a) sin representación, aquella en la que el agente debió prever la infracción al deber objetivo de cuidado por serle previsible; y b) con representación, previó la posible infracción al deber objetivo de cuidado, llevó a su mente la posible ocurrencia del hecho, pero actuó confiando en poder evitarlo.

Ese artículo 29, del Código General Disciplinario, deja expresamente contemplado que la culpa, en su modalidad de leve, no es sancionable. Por lo tanto, solo las culpas gravísimas y graves son punibles en esta materia.

11. EL ERROR EN MATERIA DISCIPLINARIA

El Código General Disciplinario generó varias modificaciones en la regulación de las causales de exclusión de responsabilidad discipli-

naria: así, diferenció entre fuerza mayor y caso fortuito, separándolos de numerales; lo mismo hizo entre la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable. En el campo de la inimputabilidad modificó la redacción, incorporando el agregado de “en tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente”.

Sin embargo, la modificación más importante en este tema de las causales de ausencia de responsabilidad disciplinaria se produjo en el tema del error. Veamos los efectos de esas transformaciones:

a) Se adscribió a la clasificación de error de hecho y de derecho, apartándose de la distinción de error de tipo y error de prohibición propia del derecho penal. Con ello atiende lo que la doctrina desde antaño reclamó². Esta misma clasificación del error se consagra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³.

b) Habida consideración de que la teoría del error es una clara manifestación de la aplicabilidad en los derechos sancionatorios del principio de culpabilidad, el Código General Disciplinario expresamente contempla los efectos de actuar con error de hecho o de derecho, en sus modalidades de invencibles y vencibles. El error, como tal, es el conocimiento distorsionado de algo. No se da identidad entre lo que el agente se representa y la realidad. Se conoce como error de hecho, aquel en el que incurre el autor cuando tiene una apreciación distorsionada o equivocada de la situación fáctica que hace parte de

2 Así, Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario*. Editorial Nueva Jurídica, segunda edición, Bogotá, 2008. También Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *La Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, varias ediciones.

3 El Estatuto determina que: “el error de hecho eximirá la responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto” (Artículo 32 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

la descripción típica de la conducta disciplinaria. El miembro del ejército le dispara a un civil, pensando que se trata de un miembro de un grupo armado ilegal. El error de derecho es aquel en el que incurre el autor respecto de la norma jurídica que resulta aplicable a un caso en específico. Se da por cuanto se aplica una norma que no está vigente, se desconoce la existencia de la prohibición de la conducta o, el que más se presenta, se interpreta equívocamente una disposición legal.

c) Impone la distinción entre error de hecho y de derecho. Pero, además, también impone la distinción entre error vencible e invencible. El error es invencible cuando el agente hizo todo lo que estuvo a su alcance y aun así no salió del mismo. Cualquier persona en esa misma situación hubiera incurrido en el desacierto. Es un error insuperable. Por su parte, el error vencible supone que el agente, con un mayor esfuerzo, hubiera salido de él. Otra persona, en esa misma situación, habría salido del equívoco. Es el error superable.

d) Tanto el error de hecho, como el de derecho, se solucionan en sede de culpabilidad.

e) Los efectos de los errores de hecho y de derecho vencibles son distintos. Si se actúa en cualquiera de estos dos tipos de errores de manera invencible, no hay lugar a responsabilidad disciplinaria por falta de culpabilidad. En cambio, si el error es de hecho vencible, hay lugar a imputar la conducta a título de culpa, si la falta atribuida admite tal imputación, si no la admite no habrá lugar a juicio de reproche alguno. Es menester recordar que los tipos disciplinarios que contienen ingredientes subjetivos no admiten la modalidad culposa. En ellos la imputación dolosa viene presupuesta.

f) El error de derecho tiene una especial fundamentación. Ello es así por cuanto 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 disciplinable tenía al momento de cometer el hecho o la posibilidad de conocer la prohi-

bición, para así poder imputar el dolo o la culpa. Entran en consideración en esta temática los conceptos de conocimiento actual de la ilicitud, conocimiento potencial y conocimiento eventual. El conocimiento actual es el que se requiere en el preciso momento de la comisión de la falta, el potencial hace referencia a la posibilidad de actualizar el conocimiento de lo ilícito cuando se comete la conducta infractora y, el eventual, concierne a la cantidad de conocimiento; aquí entran en juego las llamadas dudas irresolubles.

La expresión conciencia de la ilicitud, como elemento del dolo, está referida al dato psíquico de la efectiva representación del carácter prohibido del hecho en el momento de su comisión. Así la representación de que el hecho está genéricamente prohibido puede ser, en ciertas circunstancias, el reflejo y motivo mínimo a partir del cual el servidor público debe contar con la seria posibilidad de la existencia de una norma prohibitiva que proscriba su comportamiento.

Generalmente los servidores públicos actúan sin estar seguros de si realizan una acción ilícita. No se representan tal eventualidad como algo seguro, sino simplemente como algo posible y dudan, por tanto, acerca de la ilicitud de la conducta. De ahí que se plantee el problema del grado de certeza necesario para afirmar cuándo existe conocimiento de la ilicitud de la conducta y poder diferenciarlo así de los casos en que existe un error de derecho vencible o invencible. Resulta claro que el conocimiento de la ilicitud no se reduce simplemente a la certeza y que, en dicho concepto, se engloban también situaciones en las que el agente no está del todo seguro del carácter prohibido de su conducta.

De ahí que los supuestos de duda o conocimiento eventual, cantidad de conocimiento, forman parte, junto con la certidumbre, del concepto de conciencia del ilícito como situación psicológicamente opuesta al error de derecho y merecedora de la imputación personal o una atribución de culpabilidad plena, por tanto de una sanción completa. En nuestro país se suele confundir, por parte de los operadores del derecho y por parte de la misma doctrina, entre los conceptos de

conciencia eventual de la antijuridicidad y conciencia potencial. Son dos conceptos diferentes. El primero hace referencia a la cantidad de conocimiento, la certidumbre, la duda, y que produce la consecuencia del reproche completo cuando se actúa; en cambio, lo segundo, está referido al momento del conocimiento, esto es, si se estaba frente un conocimiento posiblemente actualizable o no, en cuyo caso el juicio de reproche se rebaja o atenúa por cuanto conciencia potencial es equivalente al error vencible.

El conocimiento eventual de la antijuridicidad da lugar al juicio de reproche íntegro, pues el agente actúa como si dejara librado al azar la producción del resultado, esto es, con dolo eventual, el cual tiene la misma sanción que el dolo directo.

Así las cosas, el conocimiento potencial de la ilicitud de la conducta da lugar a la sanción a título de dolo, empero, habrá lugar a la reducción de las sanciones graduables, pues ese conocimiento potencial equivale al error de derecho vencible; el autor estaba en posibilidad de salir del mismo, actualizando el conocimiento de la ilicitud.

Precisamente, el Código General Disciplinario vincula estos temas en el numeral octavo del artículo 31, cuando dice lo siguiente:



“De ser vencible el error de derecho, se impondrá, cuando sea procedente, la sanción de destitución y las demás sanciones graduables se reducirán a la mitad {...} Para estimar cumplida la conciencia de la ilicitud basta que el disciplinable haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo ilícito de su conducta”.



g) Al error acerca de los presupuestos objetivos de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria se le asignan los mismos efectos del error de hecho, si es invencible no hay culpabilidad, si

es vencible se imputa la falta a título de culpa, si la misma admite esta modalidad de imputación. Estos yerros son aquellos en los que el autor incurre por cuanto se equivoca acerca de uno de los requisitos objetivos que son necesarios para la estructuración de una causal de ausencia de responsabilidad disciplinaria; por ejemplo, cree erróneamente que está siendo objeto de una agresión, cuando ella en verdad no existe (defensa putativa).

12. SE ELIMINA LA CADUCIDAD COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

El nuevo artículo 33, del Código General Disciplinario, hace desaparecer la caducidad de la acción como causal de extinción de la facultad investigativa de la conducta atribuida. En los términos del artículo 265 *ejusdem*, la figura de la caducidad perdurará por 30 meses contados desde la promulgación de la Ley 2094 de 2021. Una vez se produzcan esos treinta meses desaparecerá del régimen disciplinario esta figura tan ajena a un Derecho Sancionatorio, como lo es el Derecho Disciplinario.

Estas premisas explicativas dan cuenta de la importancia del Código General Disciplinario, un haz normativo coherente y muy compatible con los valores y principios de nuestra Constitución, y el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho. Es un Código Principialista y garantista.

LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS PARTICULARES EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO: UN RÉGIMEN DIFERENCIADO Y LIMITADO

ERNESTO ESPINOSA JIMÉNEZ

PROCURADOR CUARTO DELEGADO PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL

RESUMEN:

El presente artículo es un aporte a la discusión sobre si los particulares en la actividad contractual del Estado están cobijados por las mismas normas disciplinarias que los servidores públicos, y si su grado de responsabilidad puede conducir a que sean sujetos de sanciones en la misma proporcionalidad que los empleados del Estado. El texto explica que, según la normatividad vigente, los particulares solo son disciplinables cuando ejercen funciones públicas y, por ello, lo que se pretende en el texto es determinar cuándo un contratista particular ejerce funciones públicas.

ABSTRACT:

The following article contributes to the current legal discussion that addresses if privates can be covered by the same disciplinary rules as public servants during contractual activities, and if they can be stated responsible in the same degree and proportionality as them. As a result, the text explains that, taking into account current regulation, private parties are subject to disciplinary measures only when they perform public functions and therefore, it determines whether a private contractor performs public functions or not.

INTRODUCCIÓN

Definir con exactitud los destinatarios de la ley disciplinaria es una tarea en apariencia sencilla, por cuanto sin duda la respuesta es única: los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas son sujetos de la acción disciplinaria. A esta afirmación se arriba de la simple lectura de los artículos 123 y 124 Superior, que enseñan que el legislador establecerá la responsabilidad de estos y la forma de hacerla efectiva.

Sin embargo, en el caso de los particulares, la labor de identificar las situaciones concretas en las que son sujetos disciplinables resulta, por decir menos, compleja, por cuanto, en principio, deviene enigmático atribuir la comisión de un ilícito disciplinario a quien no tiene una subordinación con el Estado. Además, porque el derecho disciplinario no tiene como finalidad la obediencia de los particulares, pues su efectividad se circunscribe a investigar, juzgar y sancionar el incumplimiento de los deberes funcionales de los servidores públicos, en razón de la relación especial de sujeción que tienen con el Estado.

Para comprender el tema debe aceptarse que, en el Estado Social de Derecho, los particulares también son responsables en el cumplimiento de los fines del Estado, al asumir en la actualidad obligaciones y tareas que antes cumplían de manera exclusiva, y en ocasiones excluyente, las autoridades estatales.

Por lo anterior, el Constituyente le asignó al legislador la tarea de definir el régimen de los particulares. Es decir, establecer las normas sustanciales y procedimentales que gobiernan la conducta ética de los particulares, pero solo de aquellos que ejercen funciones públicas.

Desafortunadamente, el legislador fue más allá cuando, en el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018¹, dispuso que los par-

1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1882 del 15 de enero de

ticulares contratistas serán responsables disciplinariamente tanto por el incumplimiento de las obligaciones como por los hechos u omisiones que les fueren imputables, constitutivos de incumplimiento de las obligaciones, y que causen daño o perjuicio a las entidades públicas.

Lo anterior ha generado confusión, que aún persiste, en la comunidad académica e incluso en las autoridades disciplinarias, que han enjuiciado a contratistas y auxiliares de la justicia que no tienen en sus obligaciones el ejercicio de funciones públicas.

Igualmente, los operadores judiciales, no pocas veces, suelen sobrepasar el dique construido por el Constituyente en la Norma Superior —Art. 123—, que tiene como propósito evitar que los particulares, en este caso los contratistas, sean sometidos al juzgamiento —penal o disciplinario— sin distinción del ejercicio de funciones públicas.

¿Es igual la prestación de un servicio público al ejercicio de una función pública?, ¿cómo identificar los eventos en los que un contratista es destinatario de la ley disciplinaria?, ¿los particulares contratistas sujetos disciplinables responden bajo el mismo régimen de faltas y sanciones instituido para los servidores públicos?

Las anteriores inquietudes son las que se pretenden absolver a través de este artículo que, de manera analítica y bajo el método de la mayéutica, tiene como propósito suministrar al lector elementos de juicio que le permitan identificar las situaciones en las que un particular contratista puede y debe ser sujeto de la acción disciplinaria.

Así, de forma demostrativa, analizaré algunas particularidades que generan discusión sobre la materia. Entre ellas se encuentran los casos de los contratistas vinculados mediante contrato de prestación

2018 [Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C. Colombia, 2018. Mediante la cual se modificó el artículo 53 de la Ley 80 de 1993.

de servicios para el apoyo a la supervisión, el fiduciario y los auxiliares de la justicia que participan en la actividad contractual.

Así mismo, se abordará la forma en cómo irradia el principio de legalidad en el régimen de las faltas y sanciones de los particulares contratistas que participan en la actividad contractual del Estado, esto a propósito del cambio normativo, pues la nueva codificación —Ley 1952 del 2019— incluyó, en el plexo de faltas atribuibles a los particulares destinatarios del derecho disciplinario, conductas que el anterior régimen —Ley 734 del 2002— no establecía.

1. LOS PARTICULARES Y LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

Empezaré por destacar que, en virtud del artículo 6º constitucional, los particulares están en libertad de hacer todo lo que la ley no les prohíba². Evidentemente, se determina la existencia de una relación general de sujeción del servidor frente al Estado, que habilita al segundo a exigir sobre el primero el cumplimiento de la constitución y la ley, para garantizar la armonía social, la convivencia ciudadana. En términos generales, *la paz*. Bajo este contexto, se explica la necesidad de códigos como el de tránsito, policía y, sobre todo, de un derecho penal cuya finalidad es la protección del orden social en abstracto.

De otra parte, la misma norma constitucional dispone que los servidores públicos responden al igual que los particulares por infringir la Constitución y la ley, pero, además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual justifica, junto con lo señalado en los artículos 1, 2, 123 y 209 Superiores, la existencia del derecho disciplinario, cuyo propósito es “salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los ser-

2 COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. (20, julio, 1991). Gaceta Constitucional. Bogotá D.C. No. 116.

vidores públicos”³. Y surge la pregunta: ¿para qué la obediencia y disciplina de los servidores públicos?

Sobre el particular, la Corte Constitucional enseña que el derecho disciplinario “(i) desde el punto de vista interno permite asegurar el cumplimiento de los deberes del cargo de los funcionarios públicos, mientras que (ii) desde el punto de vista externo busca garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública”⁴.

La responsabilidad de los servidores públicos surge del nexo o vínculo jurídico que ellos sostienen con el Estado, que habilita a la administración para exigirles el cumplimiento de sus deberes funcionales y sancionarlos en caso de infracción. Todo ello, en aras de contribuir al cumplimiento de los fines del Estado.

Lo anterior se señala porque son los servidores públicos quienes sostienen con el Estado una relación de lealtad, de fidelidad, a la que Forero⁵ califica como “deber especial reforzado”. En otras palabras, una relación especial de sujeción. Relación que, por cierto, es rehusada por el profesor Hernández Martínez⁶, que se niega a reconocer que la RES (relaciones especiales de sujeción) es una categoría dogmática del derecho disciplinario. Sin embargo, por no ser del interés de este artículo, se omitirá abrir este debate, sin perjuicio de reiterar mi simpatía con la postura sos-

3 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-341 (5, agosto, 1996). M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C. 1996. Sentencia T-1093 (4, noviembre, 2004). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C. 2004.

4 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-721 (25, noviembre, 2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C. 2015.

5 FORERO SALCEDO, JOSÉ. Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. Bogotá D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación, 2007. ISBN: 978-958-8295-38-1.

6 HERNÁNDEZ, PEDRO ALFONSO. (2014) Función Pública y Relaciones Especiales de Sujeción: reflexiones académicas un derecho disciplinario y contratación estatal. Bogotá D.C. Procuraduría General de la Nación, p. 26.

tenida por algunos de los doctrinantes⁷ que consideran que, en el derecho disciplinario, la relación especial de sujeción es una categoría dogmática. Es, entonces, en mi sentir, esa relación la que, como categoría dogmática, sirve de soporte al derecho disciplinario⁸. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que:



La acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de la función, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo⁹.



Lo anterior implica que, como consecuencia de esa relación especial de sujeción que sostienen los servidores públicos, el Estado, a través del derecho disciplinario, exige a estos obediencia, disciplina y respeto a la constitución y la ley, para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y los principios de la función pública. En ese orden de ideas, ¿puede el Estado exigir lo mismo a los particulares? Veamos:

Al inicio del documento planteé que entre los particulares y el Estado coexiste una relación general de sujeción y que, por tal motivo, solamente responden por el incumplimiento de la constitución y la

7 En favor de que la relación especial de sujeción es una categoría dogmática están: Gómez Pavajeau, Esiquio Sánchez, Pinzón Navarrete y Forero Salcedo.

8 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS. La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del Derecho disciplinario. Bogotá D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. 2003.

9 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-161 (16, marzo, 2009). M. P. Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C. 2009.

ley. Sin embargo, la misma constitución prevé la posibilidad de que el Estado, en algunas circunstancias, reclame a los particulares la obediencia y la disciplina, sin que esta circunstancia los convierta en servidores públicos. Sobre el particular, la Corte aclaró:



Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6° de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal, sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de esta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse —se repite— en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo¹⁰.



Así, el artículo constitucional 123 le asignó al legislador “la competencia para definir el régimen de los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”¹¹. Por tanto, no existe duda que desde la Norma Superior se previó la existencia de una relación especial de sujeción entre los particulares y el Estado, lo cual explica la existencia y razón de un régimen de responsabilidad especial diseñado en la ley disciplinaria para ellos.

10 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286 (27, junio, 1996). M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá D.C. 1996.

11 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118 (14, noviembre, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C. 2018.

A partir de lo anterior, el Código General Disciplinario¹² (CGD) establece que el ámbito del derecho disciplinario se extiende para aquellos particulares que ejerzan de manera transitoria o permanente funciones públicas, que administren recursos públicos, que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia.

Es decir, la órbita del derecho disciplinario no se limita única y exclusivamente a los servidores públicos, por cuanto el legislador, en ejercicio de la facultad otorgada por el constituyente, estableció criterios que permiten identificar los eventos en que surgen las relaciones especiales de sujeción con los particulares, lo que lleva a que sean destinatarios de la ley disciplinaria.

2. FUNCIÓN PÚBLICA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Al retomar lo expresado previamente, en el sentido de que cuando los particulares ejercen funciones públicas sostienen una relación especial de sujeción con el Estado y, por tanto, son destinatarios de la ley disciplinaria, surge un nuevo interrogante: ¿qué es una función pública?; ¿cuál es la diferencia con la prestación de un servicio público?

Empiezo por advertir que con frecuencia se desconoce la noción de ejercicio de funciones públicas y, como consecuencia, se confunde con la prestación de servicio público. Es común advertir que los operadores judiciales involucren indistintamente las nociones de función pública y prestación de servicios públicos. Véase cómo en una oportunidad, no única, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, afirmó que: “Una de esas potestades, como bien lo resalta el representante de la sociedad, corresponde a la

12 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1952. (28, enero, 2019). Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2019. No. 50850.

prestación del servicio público de salud, en los términos del artículo 49 de la Constitución Política”¹³. ¿La prestación del servicio de salud comporta el ejercicio de una función pública?

Con respecto al concepto de función pública, tanto la doctrina como la jurisprudencia le reconocen un sentido amplio y otro restrictivo. El amplio comprende el conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines¹⁴; el restrictivo se refiere al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado¹⁵.

De lo anterior se desprende que la función pública, desde un criterio orgánico, hace referencia al ejercicio del empleo público, lo cual determina la necesidad de las normas que regulan las relaciones del Estado, como empleador, con los servidores públicos, como trabajadores.

Por su parte, el ejercicio de función pública —criterio material— guarda relación con las potestades y prerrogativas que el constituyente y el legislador asignaron a los órganos del Estado. Son aquellas manifestaciones de poder que se exteriorizan con el ejercicio de *ius puniendi*, nominador y reglamentario. En este sentido, la Corte manifestó que: “La función pública se manifiesta a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”¹⁶.

13 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Radicación 43849 (10, septiembre, 12014). M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Bogotá D.C. 2014.

14 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 (7, octubre, 1998) M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C. 1998.

15 Ibid.

16 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 (28, enero, 2003). M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C. 2003.

Es entonces el ejercicio de esas funciones el que soporta el régimen disciplinario de los particulares.

En este orden de ideas, pueden considerarse, sin riesgo a equivocarme, que son funciones públicas, atribuidas desde la Constitución y la ley a los órganos del Estado, la legislativa, en cabeza del Congreso; la jurisdiccional, ejercida por los jueces; la electoral, asignada al Consejo Nacional Electoral, e igualmente, la de notariado y registro, la banca central, la vigilancia y control administrativa y el registro mercantil, entre otras.

Por tanto, el particular contratista solamente será responsable cuando en virtud del contrato se le asignen potestades o prerrogativas que, en principio, se encuentren en cabeza de los órganos del Estado.

Lo anterior permite señalar que la labor de identificar los eventos en que los particulares son destinatarios se avenga como simple, pero en la praxis no lo es tanto, dada la existencia de la prestación de servicios públicos, que se diferencia diametralmente con el ejercicio de la función pública, que es la razón que me lleva en este artículo a exponer las disconformidades que existen entre ambas.

El origen de la noción de servicio público en el derecho administrativo se lo debemos al derecho francés. El profesor Alberto Montaña¹⁷ menciona que entre los intelectuales franceses más representativos de la teoría de los servicios públicos se encuentra Léon Duguit, para quien el servicio público es “la actividad en la cual su cumplimiento debe estar asegurado por los gobernantes, porque es tal su naturaleza que solo puede ser realizada completamente por la intervención de la fuerza gobernante”¹⁸.

17 MONTAÑA PLATA, ALBERTO. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 134. ISBN 9789586169035.

18 DUGUIT, LÉON. Traité de droit constitutionnel, Paris. Ancienne Fontemoing, 1927. Citado por Montaña Plata, Alberto, en El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2005. p. 134. ISBN 9789586169035.

En nuestro ordenamiento jurídico hallamos que la Constitución Política¹⁹ establece, en el artículo 1, que Colombia es un Estado Social de Derecho. A partir de ello, el artículo 2 dispone:



Son fines esenciales del Estado: 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 justo²⁰.



Así mismo, en sus artículos 365 y 366, consagra que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado” y que “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado”²¹.

Ahora bien, el artículo 365 Superior permite que los servicios públicos sean prestados por particulares bajo la supervisión y regulación del Estado. Es así como la sociedad y la comunidad se organizan de forma que logren satisfacer las necesidades del individuo.

En esta dirección, el artículo 430, del Código Sustantivo del Trabajo, desarrolla el concepto de servicios públicos como “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”²².

19 COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Op. cit.

20 Ibid.

21 Ibid.

22 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Sustantivo del Trabajo. Decreto Ley 2663. (5, agosto, 1950). Diario Oficial. Bogotá. No. 27407.

Por su parte, en sentencia T-540 de 1992, la Corte Constitucional señaló que:



Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros²³.



A su vez, sobre el tema del Consejo de Estado, señaló que: “el Servicio público es una actividad que desarrolla la Administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general”²⁴.

En otro análisis, Bastidas Bárcenas²⁵ enseña que la actividad administrativa del Estado se manifiesta de dos maneras: la formal y la material. En la primera, el Estado ejerce su potestad al regular y reglamentar la prestación de servicios, por medio de la expedición de actos administrativos. En la segunda, la función administrativa se manifiesta como una actividad “prestacional o material”. En otras palabras, la prerrogativa del Estado se define en la reglamentación y regulación del servicio público, ya que, para Bastidas Bárcenas, “la competencia reglamentaria es una expresión de la función pública administrativa productora de reglas generales y abstractas”²⁶.

23 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-540. (24, septiembre, 1992). M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. 1992.

24 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente No. ACU-1016. (18, noviembre, 1999). C.P. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C. 1999.

25 BASTIDAS BÁRCENAS, HUGO. La actividad administrativa, la función y los servicios públicos. En: Con-texto. Revista de Derecho y Economía. Enero, 2014. No. 41, p. 51- 65.

26 Ibid. p. 55.

Se entiende, entonces, que en Colombia los servicios públicos son prestados por particulares bajo la reglamentación, regulación, vigilancia y control del Estado, siendo ejemplo de estos, la salud, educación, actividades financieras, los servicios públicos domiciliarios, el transporte, etc. En contraposición, son ejemplos de funciones públicas las ejercidas por las superintendencias y ministerios, cuando regulan, reglamentan, vigilan y controlan la prestación de los servicios públicos a cargo de los particulares.

A lo anterior se añade que la Corte, al diferenciar el servicio público de la función pública, señaló que “mientras el servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares, la función pública se manifiesta a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”²⁷.

A partir de lo anterior se puede aseverar que, si bien las nociones de función y servicio público son figuras próximas en el ámbito del derecho público, es claro que existen diferencias. Cada una de ellas tiene su propia caracterización y tipificación, que las diferencia entre sí, siendo que la función pública participa del ejercicio del poder del Estado y es siempre de carácter jurídico, mientras que el servicio público es de naturaleza prestacional, material y técnica.

En este orden de ideas, en el artículo 70 del CGD, el legislador estableció que no son destinatarios de la ley disciplinaria los particulares que presten servicios públicos.

3. LOS PARTICULARES CONTRATISTAS Y EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Como ya lo hice anotar anteriormente, los particulares en el Estado Social de Derecho pueden atender funciones y tareas que están en cabeza exclusiva del Estado. Es así como la Constitución abrió un

27 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Op cit.

sinnúmero de posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

Así, por ejemplo, el artículo 26²⁸ contempla que la ley puede asignar a los colegios de profesionales el ejercicio de funciones públicas, como es el caso de los Tribunales de Ética Médica, la Junta de Contadores, el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, etc.

De igual manera, en su artículo 116, dispone que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”²⁹. En esta categoría ubicamos a los jueces de paz y los árbitros.

Por otro lado, existen otras normas que facultan el ejercicio de funciones públicas y administrativas en cabeza de los particulares, tal como sucede con los notarios, las Cámaras de Comercio, las Curadurías Urbanas, etc.

Paralelamente, el artículo 210 Superior habilita a la ley para que fije las condiciones en las que los particulares puedan ejercer funciones administrativas.

Esta línea, la Ley 489 de 1998³⁰, en sus artículos 110 y 111, contempló las condiciones, requisitos y procedimientos para el traslado del ejercicio de funciones administrativas a particula-

28 COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Op. cit.

29 Ibid.

30 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489. (30, diciembre, 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1998. No. 43464.

res. Sobre el particular, la Corte Constitucional³¹ dispuso que es posible encauzar funciones públicas en cabeza de los particulares, bajo los siguientes presupuestos:



a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador, para cada caso, señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específicos, etc.

b) La previsión legal, por vía general, de autorización a las entidades o autoridades titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta, como lo ha señalado la Corte, que la mencionada atribución tiene como límite la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga.

c) Finalmente, en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de las entidades estatales, se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y estas. Se trata, especialmente, de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta.



31 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543. (23, mayo, 2001). M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C. 2001.

De otra parte, el artículo 70 del CGD habilita la posibilidad de que el ejercicio de la función pública por parte de los particulares provenga de acto administrativo, contrato o convenio, pero en mi criterio y, atendiendo lo señalado por la Corte y los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, debe existir una disposición de rango legal que lo permita en el caso concreto.

A pesar de que los artículos 6 y 123 Superior y 70 del CGD son claros en señalar que los particulares son destinatarios de la ley disciplinaria solamente en los eventos en que ejerzan funciones públicas, el legislador expidió la Ley 1882 de 2018 que, en su artículo 2, determina lo siguiente:



Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos³².



De una lectura desprevenida de la norma podría concluirse que los contratistas asesores y consultores externos responden disciplinariamente por el cumplimiento del contrato. Sin embargo,

32 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1882. (15, enero, 2018). Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2018. No. 50477.

considero que esa interpretación no es afortunada si se tiene en cuenta que la Corte aclaró:



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 obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarias del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos³³.



No debe olvidarse que, de tiempo atrás, la Corte explicó que la responsabilidad del particular no se origina en la celebración o ejecución de cualquier contrato, sino que se trata de aquellos en los que se traslada el ejercicio de una función pública, como se muestra a continuación:



El contrato excepcionalmente puede constituir una forma autorizada por la ley de atribuir funciones públicas a un particular, ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecu-

33 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-280. (25, junio, 1996). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C. 1996.

ción material de una labor o prestación específica, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en el caso en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales públicos, etc.³⁴.



En materia penal, la Corte Suprema de Justicia, en Radicado 24833, de la Sentencia del 13 de marzo de 2006, precisó:



En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública³⁵.



En este mismo sentido, en auto de fecha 13 de abril del 2019, sentenció:



De lo anterior se desprende que para los efectos penales es necesario verificar si en el contrato respectivo se delegaron funciones propias de la administración, pues de ser así, el contratista, el interventor o el asesor deberá responder como servidor público, en

34 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563. Op. cit.

35 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 24833. (13, marzo, 2006). M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá D.C. 2006.

caso contrario, como cuando se pacta la realización de una obra, el implicado seguirá teniendo la condición de particular³⁶.



Hasta aquí resulta claro que los particulares contratistas, por regla general, no son sujetos disciplinables, salvo que a través del contrato se asignen funciones públicas. ¿Cómo entender, entonces, cuándo un contratista ejerce funciones públicas o presta servicios públicos? Sencillo. Cuando se ejerce una prerrogativa exclusiva del órgano del Estado que comporte un acto de poder estará en la ejecución de una función pública. Por el contrario, cuando la actividad que desarrolla o ejecuta obedece a la práctica de una labor, profesión u oficio con la cual se pretende satisfacer las necesidades del individuo, sin duda nos encontramos ante la prestación de un servicio público. Este aspecto resultará de vital importancia para establecer la condición de sujetos disciplinables de los auxiliares de la justicia.

Con fundamento en lo anterior, considero que es desacertado e inconstitucional enjuiciar disciplinariamente al particular contratista que no ejerce funciones públicas. Si esto es así, deben excluirse como destinatarios de la ley disciplinaria a quienes mediante un contrato de prestación de servicio ejerzan libremente la profesión. Es decir, médicos, abogados, contadores, etc. Por tanto, no son ni serán sujetos disciplinables los defensores públicos, asesores, consultores, catedráticos, etc.

4. ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN ASIGNADAS A TRAVÉS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La responsabilidad de los particulares vinculados a la administración para apoyar la supervisión de los contratos estatales y el tema de auxiliares de la justicia son los que más debate vienen

36 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. A.P. 1263. Radicado 54215. (3, abril, 2019). M.P. Eyder Patiño Cabrera. Bogotá D.C. 2019.

generando en la comunidad académica especializada. La discusión se plantea desde el debate propuesto por David Alonso Roa Salguero y Ernesto Espinosa Jiménez³⁷.

En este punto, el diálogo se centra en definir si quienes mediante un contrato de prestación de servicios se vinculan a la administración para apoyar la supervisión en contratos estatales, con fundamento en lo contemplado en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011³⁸, son receptores de la ley disciplinaria, dado que el artículo 70 del CGD³⁹ dispone que los particulares que ejecuten labores de supervisión son sujetos disciplinables. Para resolver el problema que suscita la discusión es menester determinar si la actividad de supervisión del contrato estatal es una función pública, más allá de quien la ejerza.

Lo primero que debo significar es que la ley equipara las actividades de supervisión con las de interventoría, así, por ejemplo, el citado artículo establece en el epígrafe, “supervisión e interventoría contractual”.

Asimismo, la norma determina que tanto la interventoría como la supervisión consisten en el “seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato”⁴⁰. Entonces, ¿ese seguimiento al cumplimiento del objeto del contrato comporta el ejercicio de una función pública?

Sobre el particular, la Corte expresó que:

37 DAZA PÉREZ, MARIO FELIPE. Compilador. La Responsabilidad disciplinaria de los particulares. Dos debates inconclusos. Ibáñez, 2020. p. 319. ISBN 978-958-791-278-4

38 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. (12, julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2011. No. 48128.

39 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1952. Op. cit.

40 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. Op. cit.



“Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública”⁴¹.



De manera que si el particular ejerce con autorización del Estado funciones de control y seguimiento al cumplimiento de un contrato estatal se inviste de facultades exclusivas del Estado que comportan poder. Entre estas ubicamos las de elevar exigencias al contratista e impartir órdenes a nombre de la administración. Su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal. Si se quiere, es un coadministrador y, ciertamente, el hecho de ejercer control de las normas contractuales conlleva el ejercicio de una función pública. Por tanto, el contratista que ejecute materialmente las funciones y actividades propias del supervisor será sin duda destinatario de la ley disciplinaria.

En contraposición, si el contratista brinda asesoría y acompañamiento técnico al supervisor no será sujeto disciplinable, por cuanto se trata de una colaboración a la administración y no el ejercicio de una función pública.

En concreto, la norma disciplinaria determina la calidad de sujetos disciplinables de los particulares que ejerzan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales, reiterando que estas denominaciones no son meros aspectos formales, sino que obedecen a aspectos funcionales, razón por la cual, sin importar la designación que se le otorgue al contratista, debe tenerse en cuenta la función que cumplen en la vigilancia y control en la contratación.

41 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037. Op. cit.

5. LOS CONTRATISTAS Y LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS

En lo referente al alcance de la administración de recursos públicos como fuente de responsabilidad disciplinaria de los particulares, el CDU y el CGD son diáfanos en señalar que la administración, como fuente de responsabilidad, debe recaer en recursos cualificados por el legislador.

Es decir, no se trata de la administración de cualquier recurso público la que convierte al particular en sujeto disciplinable. La norma se refiere de manera taxativa y restrictiva al recaudo, custodia, liquidación de rentas parafiscales o de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas han destinado para su utilización con fines específicos o para disponer de su uso.

Bajo este derrotero, serán sujetos disciplinables los particulares que tengan en su haber funcional la administración y utilización de los recursos provenientes de monopolios, regalías y transferencias de la nación a las entidades territoriales, de rentas de destinación específica y de los fondos cuenta, además de otras materias relacionadas expresamente, pero no así los contratistas, con ocasión del anticipo entregado por el Estado para la financiación de la ejecución del contrato. Esta circunstancia no se enmarca en el concepto de administración de recursos públicos empleado por el legislador en la ley disciplinaria.

En este orden de ideas, los particulares serán sujetos disciplinables cuando recauden, custodien, liquiden rentas parafiscales o rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas. En las demás situaciones no lo serán.

6. LA FIDUCIA PÚBLICA

Antes de establecer si a través del contrato de fiducia se traslada al fiduciario el ejercicio de funciones públicas es menester identificar y

diferenciar las modalidades del negocio fiduciario, en el que se destacan: i) la fiducia mercantil; ii) encargo fiduciario y la fiducia pública.

LA FIDUCIA MERCANTIL.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1226 del Código de Comercio⁴², la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, que se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero, llamado beneficiario o fideicomisario. De acuerdo con la norma, se tiene que, en el negocio de fiducia, participan las siguientes partes:

- a. Fiduciante o fideicomitente es la parte que transfiere uno o más bienes especificados en el negocio (es el que constituye; para el caso objeto de consulta es la entidad pública).
- b. Bienes objeto de la fiducia (Patrimonio autónomo).
- c. Fiduciario, que es la parte que se obliga a administrar o enajenar los bienes para cumplir una finalidad determinada por el constituyente (este fiduciario puede tener la calidad de entidad pública o privada. De acuerdo con el Art. 1226 del código de comercio, solamente los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Financiera, podrán tener la calidad de fiduciarios).
- d. Un tercero, llamado beneficiario o fideicomisario, que puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

42 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410. (27, marzo, 1971) Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial. Bogotá D.C. 1971. No. 33.339.

EL ENCARGO FIDUCIARIO Y FIDUCIA PÚBLICA.

Comprende la modalidad mediante la cual se entregan a la sociedad fiduciaria determinados bienes para su administración o ejecución de determinadas actividades, de acuerdo con la finalidad e instrucciones del contrato.

En los encargos fiduciarios no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos, por cuanto la Ley 80 de 1993⁴³ autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren, lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud se pueden hacer mediante encargos fiduciarios y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria.

¿ES IGUAL LA FIDUCIA MERCANTIL DEFINIDA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO AL ENCARGO FIDUCIARIO Y FIDUCIA PÚBLICA CONTEMPLADOS EN EL ESTATUTO DE CONTRATACIÓN ESTATAL?

Dadas las características particulares, el contrato de fiducia mercantil es diferente del contrato de fiducia pública, regulado en la Ley 80 de 1993, artículo 32, pues: “la fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto”.

43 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80. (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1993. No. 41.094

La Corte Constitucional, en la sentencia C-086 de 1995, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, consideró que la Ley 80 de 1993 creó un contrato nuevo y autónomo al del Código de Comercio:



Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley —donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad—, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado “fiducia pública”, el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, “en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley”. Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993⁴⁴.



44 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086. (1, marzo, 1995). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C. 1995.

Entonces, tratándose de entidades estatales, se reconoce expresamente la posibilidad de celebrar, en calidad de fideicomitentes, contratos de fiducia pública y encargos fiduciarios, pero se imposibilita la creación de patrimonios autónomos y la delegación o transferencia de funciones públicas a la fiducia. Por tanto, es posible considerar que la administración de los recursos provenientes del encargo fiduciario y de la fiducia pública no implican dominio pleno de estos por parte del fiduciario, sino que tienen un carácter instrumental. Por ello, el administrador no tiene facultad de disponer libremente de los recursos públicos, dado que el titular del derecho de dominio sigue siendo el Estado.

¿PUEDEN LAS ENTIDADES ESTATALES CELEBRAR CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL?

El inciso 2º, del parágrafo 2º, del artículo 41, de la Ley 80 de 1993, habilita a las entidades estatales para celebrar contratos de fiducia mercantil, para constituir un patrimonio autónomo, siempre que una norma especial lo autorice. Esta fiducia mercantil es diferente a la fiducia pública definida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y se rige por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

El artículo 67 de la Ley 1955 del 2019⁴⁵ es un ejemplo de una norma que expresamente autoriza la celebración de un contrato de fiducia mercantil, pues dispone que los recursos del proyecto Aeropuerto del Café, Aerocafé, se ejecuten a través de un patrimonio autónomo, constituido por la Aeronáutica Civil. La misma norma determina el régimen de contratación derivada del patrimonio autónomo así: “El régimen de contratación y administración de sus

45 Artículo 67. Aeropuerto del Café – Aerocafé. Los recursos destinados al desarrollo del Proyecto del Aeropuerto del Café, Aerocafé, serán ejecutados a través de un patrimonio autónomo que para tal efecto constituya la Aeronáutica Civil. “El patrimonio autónomo podrá recibir aportes del Gobierno nacional, del departamento de Caldas y de sus municipios, y aceptar donaciones del sector público o privado, nacional e internacional. Así mismo, podrá celebrar operaciones de financiamiento interno o externo a nombre del patrimonio autónomo para lo cual la Nación o las entidades territoriales podrán otorgar los avales o garantías respectivas, hasta por el monto de los aportes que cada uno se haya comprometido.

recursos se registrá por el derecho privado, con plena observancia de los principios de transparencia, economía, igualdad y publicidad, definidos por la Constitución y la Ley”.

Se entiende, entonces, que las entidades estatales pueden celebrar, con fundamento en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, contratos de fiducia pública y, de manera excepcional, fiducia mercantil.

En los contratos de encargo fiduciario y fiducia pública resulta inexacto afirmar que el administrador sea destinatario de la ley disciplinaria, por cuanto, por regla general, a través de estos contratos no se transfiere ni delega el ejercicio de funciones públicas al fiduciario. Sin embargo, deberá examinarse si los recursos objeto de la administración comportan el recaudo, custodia, liquidación de rentas parafiscales o de rentas que hacen parte del presupuesto de la entidad pública, caso en el que serán sujetos disciplinables, en virtud de la administración de recursos públicos.

De otra parte, en el contrato de fiducia mercantil es posible que, en virtud de la administración del patrimonio autónomo, se transfiera el ejercicio de potestades públicas a la fiduciaria, como las de celebrar contratos e imponer sanciones a los contratistas, evento en el cual, sin discusión alguna, las fiduciarias de derecho privado serán destinatarias de la ley disciplinaria.

7. LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

Los auxiliares de la justicia como destinatarios de la ley disciplinaria es uno de los temas que más genera discusión en la comunidad académica, dado que la norma no es contundente en asegurar que estos ejercen funciones públicas. El artículo 47 del Código General del Proceso⁴⁶ determina que los auxiliares de la justicia desempeñan

46 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2012. No. 48.489.

“oficios públicos ocasionales”. Por tanto, concluir que estos son particulares que ejercen funciones públicas es producto de la interpretación del operador jurídico.

Sobre la materia existen dos posturas: la encabezada por el profesor Ramírez Vásquez⁴⁷, que niega radicalmente la posibilidad de que estos sean sujetos disciplinares, pues son meros colaboradores. La otra, en la que se encuentra David Roa Salguero⁴⁸, afirma que por voluntad del legislador todos los auxiliares de la justicia son destinatarios de la ley disciplinaria. Incluso, son particulares que ejercen funciones públicas.

En este contexto, y sin el ánimo de ahondar en el debate, debo acentuar que mi posición se acerca a la sostenida por Ramírez Vásquez, dado que, de acuerdo con la definición legal, y como su nombre lo indica, los auxiliares de la justicia son aquellas personas naturales o jurídicas que colaboran para los órganos encargados de la administración de justicia, sin que se les atribuya el ejercicio

47 Abogado, magíster y especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Doctorado en Derecho, especialista en Derecho Disciplinario, Casación Penal y Derecho Comercial. Actualmente es Magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Se ha desempeñado como procurador delegado para la Vigilancia Administrativa, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y para la Policía Judicial y la Vigilancia Judicial. También como magistrado auxiliar y titular del Consejo Superior de la Judicatura; asesor y asistente parlamentario del Congreso de la República; secretario general, subdirector y director nacional del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (I.N.A.T); juez penal del Circuito, juez penal municipal, juez promiscuo municipal, defensor público para casación penal, asesor del Ministerio de Transporte y abogado litigante penal y disciplinario. Asesor de la Comisión Constitucional Redactora para el Sistema Acusatorio. Presidente de la Sala Jurisdiccional del Consejo Seccional de la Judicatura, miembro del CAD, docente universitario y conferencista.

48 Abogado, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Disciplinario. Posgrado en Ética Pública, Transparencia y Anticorrupción y magíster en Derecho Constitucional. Se desempeñó como abogado del IDU, asesor del viceprocurador general de la Nación, Procurador Regional de Antioquia y Cauquetá. Asesor de Control Disciplinario del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y de la Aeronáutica Civil. Autor de libros y ensayos especializados en temas disciplinares y contractuales. Presidente del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario (CAD) y docente universitario

de la potestad asignada por la Constitución y la ley a los jueces de la república. No obstante, mostraré la existencia de algunos auxiliares de la justicia que ejercen funciones públicas y que, para el objeto de lo que interesa en esta oportunidad, participan en la actividad contractual del Estado.

Así, por ejemplo, en la Resolución No 002599 de 2016⁴⁹, de la Superintendencia Nacional de Salud, en el artículo 1º, se establece que el agente interventor y liquidador son auxiliares de la justicia de libre nombramiento y remoción, que actúan como representantes legales y administradores de la entidad objeto de la medida de intervención o liquidación, según sea el caso. Asimismo, el artículo 9.1.1.2.1, del Decreto 2555 de 2010⁵⁰, determina que la representación legal de la entidad objeto de procedimiento de liquidación estará en cabeza del agente especial. En igual sentido, el artículo 2.2.2.11.1.1, del Decreto 2130 de 2015⁵¹, dispone que los promotores, liquidadores y agentes interventores son auxiliares de la justicia.

De manera que empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza oficial, empresas sociales del Estado y sociedades comerciales en las que el Estado tenga participación pueden ser representadas

49 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Resolución 002599. (6, septiembre, 2016). Por medio de la cual se dictan disposiciones relacionadas con la inscripción, designación, fijación de honorarios, posesión, funciones, obligaciones, seguimiento, sanciones, reemplazo y otros asuntos de los agentes interventores, liquidadores y contralores de las entidades objeto, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, de las medidas especiales de toma de posesión e intervención forzosa administrativa y las medidas especiales previstas en el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2016. No. 49.990.

50 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 255. (15, julio, 2010) Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá D.C 2010. No. 47771.

51 COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2130. (4, noviembre, 2015) Por el cual se modifican y adicionan normas en materia de la lista de auxiliares de la justicia de la Superintendencia de Sociedades al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015 y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá D.C. 2015. No. 49686.

por particulares, auxiliares de la justicia, que por virtud de la ley asumen el ejercicio de funciones públicas de manera transitoria, como es el caso de los interventores, agentes especiales y liquidadores.

Así, cuando el auxiliar de la justicia asume la representación legal y ordenación del gasto de una entidad pública, de suyo es que será destinatario de la ley disciplinaria, razón por la cual puede ser investigado, juzgado y sancionado bajo el régimen de los particulares que ejercen funciones públicas.

8. EL RÉGIMEN DE LAS FALTAS Y SANCIONES DE LOS PARTICULARES CONTRATISTAS DISCIPLINABLES

La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso, el cual implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En este sentido, la Corte Constitucional destacó que “el principio de tipicidad en materia disciplinaria exige que la norma creadora de las infracciones y de las sanciones debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras”⁵².

En este sentido, el artículo 4° de la ley disciplinaria vigente, establece: “El servidor público y el particular en los casos previstos en este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”⁵³.

Por esta razón, los sujetos disciplinables solo pueden ser investigados, juzgados y sancionados por conductas previstas en la ley como

52 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030. (1, febrero, 2012). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 2012.

53 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1952. Op. Cit.

falta disciplinaria. ¿Las faltas de los servidores públicos pueden ser imputables a los particulares destinatarios de la ley disciplinaria?

Los particulares disciplinables responden única y exclusivamente por las faltas gravísimas enunciadas taxativamente en el artículo 72 de la Ley 1952 de 2019⁵⁴, lo cual significa que las faltas de los particulares encuadran en un régimen especial y restringido respecto del régimen de los servidores públicos.

Ahora, con ocasión del cambio normativo, es conveniente ilustrar con el siguiente cuadro las faltas disciplinarias que, con ocasión de la actividad contractual, pueden ser imputables a los particulares en vigencia de la Ley 734 de 2002 y la Ley 1952 de 2019.

Ley 734 de 2002	Ley 1952 de 2019
Artículo 48. Son faltas gravísimas las siguientes: 34. No exigir, el supervisor o 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. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.	Artículo 39. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 14. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.

⁵⁴ Ibid.

	Artículo 54. Faltas relacionadas con la contratación pública:
	2. 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 ambiental.
	3. 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.
	6. No exigir, el supervisor o 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.
	7. Omitir, el supervisor o el interventor, el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

Fuente: elaboración propia.

Conforme al cuadro anterior, se observa que el legislador, en la Ley 734 del 2002, tenía como única falta atribuible a los particulares, en la actividad contractual, la establecida para el supervisor e interventor, lo cual conllevaba la imposibilidad de imputar otras conductas asociadas a la contratación estatal. No obstante, en la Ley 1952 del 2019, se incluyeron otras conductas que pueden ser aplicables a los particulares que participan en la contratación estatal. Sin embargo, en virtud del principio de legalidad, estas no pueden ser imputables a situaciones consolidadas antes del 29 de marzo del 2022, fecha en la cual entró en vigor la nueva norma.

¿CUÁLES SON LAS SANCIONES QUE PUEDEN IMPONERSE A LOS PARTICULARES DISCIPLINABLES?

Al igual que el régimen de las faltas, el legislador previó un tratamiento especial para los particulares destinatarios de la ley disciplinaria en materia de sanciones. Por este motivo, las sanciones diseñadas para los servidores públicos no se extienden a los particulares. Así, el artículo 73, de la Ley 1952 de 2019, establece el plexo de sanciones que apareja la incursión en falta disciplinaria por parte de un particular, lo que de suyo reafirma la existencia de un régimen diferencial, restringido y especial.

CONCLUSIONES

A manera de colofón se puede afirmar que la responsabilidad disciplinaria de los particulares tiene fundamento en la Constitución misma, que esta se deriva en el ejercicio de funciones públicas, entendida como las prerrogativas o potestades atribuidas por la Constitución y la ley a los órganos del Estado.

Cuando el particular ejerce una función pública sostiene una relación especial de sujeción con el Estado, que le permite al Estado exigirle la misma obediencia, disciplina y rectitud que demanda de los servidores públicos. En este contexto, se justifica la existencia de un régimen disciplinario para los particulares, que habrá de serlo diferenciado, limitado, especial y restringido.

Así, en la actividad contractual los particulares disciplinables solo responderán por las faltas establecidas por el Legislador, resultando inadmisibles y violatorias del principio de legalidad extender las consagradas para los servidores públicos. Lo propio acontece con el régimen de sanciones.

Cualquier norma que disponga que los contratistas responden disciplinariamente sin importar el ejercicio de funciones públicas deviene inaplicable, por cuanto, se reitera, la Constitución habilitó al legislador para establecer el régimen disciplinario de los particulares, bajo la condición de que estos ejerzan potestades inherentes al Estado.

REFERENCIAS

BASTIDAS BÁRCENAS, Hugo. La actividad administrativa, la función pública y los servicios públicos. En: Con-texto. Revista de Derecho y Economía. Enero, 2014. No. 41, p. 51- 65.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Sustantivo del Trabajo. Decreto Ley 2663. (5, agosto, 1950). Diario Oficial. Bogotá D.C. No. 27407.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474. (12, julio, 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2011. No. 48128.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1882. (15, enero, 2018). Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2018. No. 50477.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1952. (28, enero, 2019). Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2019. No. 50850.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489. (30, diciembre, 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C. 1998. No. 43464.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734. (5, febrero, 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2002. No. 44699.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Expediente No. ACU-1016. (18, noviembre, 1999). C.P. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C. 1999.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicado 25000-23-42-000-2012-01912-01(2911-14). (9, diciembre, 2019). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá D.C. 2019.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 (28, enero, 2003). M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C. 2003.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1076. (5, diciembre, 2002). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C. 20002.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118 (14, noviembre, 2018). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C. 2018.
COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-135. (17, marzo, 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 2016.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-280. (25, junio, 1996). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C. 1996.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286 (27, junio, 1996). M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá D.C. 1996.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-341 (5, agosto, 1996). M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C. 1996. Sentencia T-1093 (4, noviembre, 2004). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C. 2004.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543. (23, mayo, 2001). M. P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá D.C. 2001.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 (7, octubre, 1998). M. P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C. 1998.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-721 (25, noviembre, 2015). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C. 2015.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-741. (2, diciembre, 1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C. 1998.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-798. (16, septiembre, 2003). M. P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C. 2003.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-863. (25, octubre, 2012). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 2012.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-161 (16, marzo, 2009). M. P. Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C. 2009.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-540. (24, septiembre, 1992). M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C. 1992.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086. (1, marzo, 1995). M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C. 1995.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. A.P. 1263. Radicado 54215. (3, abril, 2019). M.P. Eyder Patiño Cabrera. Bogotá D.C. 2019.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 24833. (13, marzo, 2006). M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Bogotá D.C. 2006.

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Decreto 1069. (26, mayo, 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2015. No. 49523.

COLOMBIA. MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO. Decreto 1077. (26, mayo, 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio. Diario Oficial. Bogotá D.C. 2015. No. 49523.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. (20, julio, 1991) Gaceta Constitucional. Bogotá D.C. No. 116.

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL. PROCURADURÍA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. Concepto C-131 – 2018. (16, noviembre, 2019). Bogotá, D.C. 2019.

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL. PROCURADURÍA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. Concepto C-174 – 2018. (31, julio, 2019). Bogotá, D.C. 2019.

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL. SALA DISCIPLINARIA. Radicación 161 – 5929 (IUS 2013 – 381806). (7, julio, 2016). Bogotá D.C. 2016.

DAZA PÉREZ, MARIO FELIPE. Compilador. La Responsabilidad disciplinaria de los particulares. Dos debates inconclusos. Ibáñez. 2020. 319 p. ISBN 978-958-791-278-4

FORERO SALCEDO, José. Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. Bogotá, D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría general de la Nación, 2007. ISBN: 978-958-8295-38-1.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos. La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del Derecho disciplinario. Bogotá, D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. 2003.

MONTAÑA PLATA, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2005. 134 p. ISBN 9789586169035.

LAS VÍCTIMAS EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

JAVIER AUGUSTO SARMIENTO OLARTE

PROCURADOR DELEGADO 1º PARA
LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

RESUMEN:

Este artículo presenta un breve resumen sobre la evolución del derecho disciplinario en Colombia y los efectos que han tenido los instrumentos internacionales en el rol de las víctimas de conductas violatorias de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en la actuación disciplinaria. Es importante señalar que es a partir de la Sentencia C-014 de 2004 que las víctimas de estas conductas empiezan a gozar del atributo de sujetos procesales, al declarar exequible de manera condicionada el artículo 89 de la Ley 734 de 2002, dotándolas de todos los atributos inherentes a tal condición.

Por otra parte, es importante resaltar que el legislador, en la codificación de la Ley 1952 de 2019 —CGD— acoge el mandato de la Corte Constitucional, incluyendo el artículo 109. Sujetos Procesales en la actuación disciplinaria a las víctimas de las conductas violatorias de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Finalmente, y como una novedad de gran valía a tener en cuenta en la Ley 1952 de 2019, es preciso indicar que el legislador estableció una codificación especial para faltas gravísimas y dejó un lugar preponderante para aquellas faltas relacionadas con la infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

PALABRAS CLAVE:

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Código Único Disciplinario, Código General Disciplinario.

ABSTRACT:

This article presents a summary of disciplinary law evolution in Colombia and the effects it has had on the role victims play during disciplinary proceedings involving human rights violations and international humanitarian law violations. Colombian's Constitutional Court pointed out in the sentence C-014/2004 that victims are allowed to act as procedural subjects, giving the all the guarantees inherent to their condition; all of the above declared conditionally asserted in Law 734 of 2002, article 89. The text highlights the importance of including article 109 in the Law 1952 of 2019, which refers to victims as procedural subjects in disciplinary proceeding when conducts are related to HHRR or IHL violations. Finally, the text approaches the codification needed and remedied already, for serious offenses in this type of crimes.

KEYWORDS:

International Human Rights Law, International Humanitarian Law, Human Rights, Interamerican Human Rights Court, Disciplinary legislation.

INTRODUCCIÓN

El derecho disciplinario vive en una constante evolución, en clave de brindar mayores garantías a los sujetos procesales para la defensa de sus derechos en las actuaciones correspondientes, a la luz del bloque de constitucionalidad y los pronunciamientos, entre otros, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Así las cosas, queremos destacar uno de los principales avances en esta materia, el reconocimiento por primera vez en una codificación disciplinaria de las víctimas de conductas violatorias de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y de acoso laboral, como sujetos procesales en la actuación disciplinaria.

Lo anterior, a pesar de que jurisprudencialmente la Corte Constitucional, desde el 2004, ya se había pronunciado en tal sentido, a través de las sentencias C-014 de 2004 y C-487-09, cuando estudió la constitucionalidad del artículo 89, de la entonces Ley 734 de 2002, declarando exequible este artículo en el entendido que *“las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidos por la ley”*.

Así las cosas, y de acuerdo a lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, es preciso indicar que los derechos de las víctimas afectadas por las conductas violatorias de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, se desprenden de varios derechos fundamentales (arts. 11, 12, 13, 17, 28 y 29); igualmente, al derecho de acceso a la administración de justicia (arts. 29 y 229); así como de la obligación estatal de respeto y garantía plena de los derechos, el debido proceso y el derecho a un recurso judicial efectivo, consagrados en los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

1 Sentencia C-014 de 2004; C-666 de 2008

De igual manera, la Corte Constitucional, en Sentencia C-666 de 2008, refirió que estos valores y principios constitucionales que fundamentan los derechos de las víctimas tienen estrecha relación con el derecho de acceso a la verdad, el carácter participativo del Estado, los derechos fundamentales, y la dignidad humana — como derecho fundamental autónomo— (Sentencia T-291-16), que le dan una dimensión objetiva a los mismos, por lo cual el interés de las víctimas y de los perjudicados en participar dentro de los procesos conducidos por el Estado relacionados con conductas que vulneran los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario trasciende necesariamente el aspecto meramente subjetivo e individual, para proyectar a la sociedad entera el interés en el conocimiento de la verdad y la consecuente sanción de los responsables de esas conductas, y cuya intervención en esos procesos se realiza precisamente a través de ellas, dado que, como también lo ha sostenido, la sociedad civil en estos casos puede estar representada por cualquier ciudadano.

Es importante precisar que al quejoso en el C.G.D., como interviniente en el proceso disciplinario, no le asiste la calidad de sujeto procesal, pues su papel se limita a poner en movimiento el aparato administrativo o judicial del Estado con miras a la investigación de la posible falta disciplinaria y la consecuente sanción de los responsables. Por esta razón su intervención es limitada en el proceso y, desde luego, no está legitimado para intervenciones procesales como: solicitar pruebas, recurrir las decisiones que se profieran en el proceso, diferentes a la decisión de archivo y del fallo absolutorio².

Esta limitación hace parte de la misma naturaleza del derecho disciplinario, toda vez que, en esta rama del derecho, el contenido de injusticia de la falta se agota en la infracción de los deberes funcionales que le asisten al sujeto disciplinable, es decir, cuando su accionar se desvía del principio de legalidad que regula sus

2 Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. Art.110. par.1.

actos. Así las cosas, teniendo en cuenta que la imputación disciplinaria no precisa de la vulneración de un bien jurídico, entendida tal vulneración como causación de un daño concreto, es imposible afirmar la concurrencia de una persona afectada por la comisión de la falta. En este orden de ideas, en el proceso disciplinario no existe una persona afectada con la comisión del ilícito disciplinario y, por tal razón, es improbable otorgar legitimidad a una persona para que intervenga en el proceso alegando un interés directo y demostrando unas pretensiones específicas.

En hora buena, como lo indicamos al comienzo de este artículo, es a partir de la sentencia C-014 de 2004 que la Corte Constitucional hace una serie de consideraciones sobre el rol de las víctimas en la actuación disciplinaria, tratándose de conductas constitutivas de violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, pues al ser estas de especial gravedad, traen consecuencias de mayor importancia para el mundo jurídico, incluido el derecho disciplinario. Sobre el particular regresaremos al final de este documento.

1. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO Y LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LAS FALTAS

En Colombia encontramos una gama de normas a través de las cuales el legislador ha venido codificando los comportamientos constitutivos de faltas disciplinarias, disposiciones que podríamos resumir de la siguiente manera:

Ley 165 de 1938, “*Por la cual se crea la carrera administrativa*”. Esta disposición, en su artículo 8º, señaló los deberes de los empleados de carrera administrativa; Ley 19 de 1958, “*Sobre reforma administrativa*”. Disponiendo en su artículo 12º las prohibiciones especiales para los servidores públicos en periodo de prueba, así como para los que se hallen en licencia ordinaria

o de larga duración; destacándose la prohibición de intervención en ciertas actividades políticas; Decreto 1732 1960, *“Sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa”*, en sus artículos 7, 70 y 71, señaló las prohibiciones y los deberes por parte de los servidores públicos; Decreto Ley 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”*, en los artículos 6 y 8 prescribe los deberes y prohibiciones para los servidores públicos; Decreto 1950 de 1973 —derogado por el Decreto 1083 de 2015—, *“Por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”*, en el artículo 132 determina las conductas constitutivas de falta disciplinaria.

Como podemos observar en la evolución normativa, el legislador se refirió a la existencia de las faltas disciplinarias, sin detenerse a establecer una clasificación de las mismas, como tampoco estableció los criterios diferenciales para cada uno de estos comportamientos; sin embargo, este vacío en el ámbito disciplinario empezó a resolverse con la expedición de la Ley 13 de 1984, *“Por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa”*; en el artículo 13 se refiere al “concepto de falta disciplinaria” en los siguientes términos: Los empleados que incumplan los deberes, que abusen de los derechos que en su favor consagra el ordenamiento jurídico, o que incurran en las prohibiciones establecidas en esta ley, serán objeto de las sanciones disciplinarias que señalen en el artículo 15, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que su acción pueda originar.

Por su parte, el artículo 14 de la disposición en cita, ya hace una clasificación de las faltas disciplinarias, y se refiere a faltas graves o leves señalando como razones: su naturaleza y efectos, las modalidades y circunstancias del hecho, los motivos determi-

nantes y los antecedentes personales del infractor y establece criterios para esa clasificación así:



“a) La naturaleza de la falta y sus efectos se apreciarán según hayan producido escándalo, mal ejemplo o causado perjuicio; b) Las modalidades o circunstancias del hecho se apreciarán de acuerdo con el grado de participación en la comisión de la falta, la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes, y el número de faltas que se estén investigando; c) Los motivos determinantes se apreciarán según se haya procedido por causas innobles o fútiles, o por nobles y altruistas; d) Los antecedentes del infractor se apreciarán por sus condiciones personales y por la categoría y funciones del cargo que desempeñe” (Ley 13, 1984).



Es importante precisar que esta norma fue la pionera para que, en materia disciplinaria, se estableciera una clasificación de las faltas en graves y leves, cuya consecuencia sería la imposición de una sanción proporcional a esa clasificación, estableciendo como tales: i) la suspensión; ii) la multa; iii) la amonestación y la censura e incluso; iv) la destitución en el caso de concurso de faltas o reincidencia.

A su turno, el Decreto 482 de 1985, *“Por el cual se reglamenta el régimen disciplinario consagrado en la Ley 13 de 1984”*, en su artículo 41, hace referencia a la calificación de las faltas graves y leves y a los criterios aplicados para tipificarlas y, en su artículo 44, se establecen las sanciones a imponer para esa clase de comportamientos.

La innovación que trae este Decreto se encuentra en el artículo 45, disposición que se refiere a la competencia para calificar la falta en grave o leve, dejando la facultad al jefe del Organismo o de la dependencia regional o seccional respectiva, cuando considere que la investigación se encuentra perfeccionada, conforme a los criterios señalados en este decreto.

Con la entrada en vigor de la Ley 200 de 1995, conocida como Código Disciplinario Único, se fijan las bases de la dogmática disciplinaria, estableciéndose los tipos constitutivos de las faltas disciplinarias y el procedimiento aplicable para su juzgamiento. Este estatuto, en su artículo 38, definió la falta disciplinaria como: *“Constituye falta disciplinaria y por lo tanto da lugar a acción e imposición de la sanción correspondiente el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones, la incursión en prohibiciones, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses”*.

El artículo 24 estableció la clasificación de las faltas como gravísimas, graves y leves. A su turno, el artículo 25, de la norma en comentario, hizo la primera codificación avanzada del catálogo de faltas gravísimas, que venía implícita desde la Ley 13 de 1984.

Una década más tarde es promulgada la Ley 734 de 2002, *“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*, norma que prácticamente mantuvo el esquema jurídico anterior en lo referente a las faltas gravísimas en su artículo 48 y, en los artículos 34 y 35, señaló los deberes y prohibiciones de los servidores públicos, entendiéndose que su desconocimiento acarrearía la imposición de los correctivos del caso, una vez se estableciera si la falta era grave o leve, de acuerdo con los criterios fijados en el artículo 43 del CDU.

La determinación de la gravedad o levedad de la falta se deriva de la aplicación de criterios contenidos en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002, toda vez que las faltas gravísimas quedaron taxativamente señaladas en un solo bloque en el artículo 48 de la citada norma.

Por su parte, para determinar si la falta es grave o leve, el juez disciplinario debe acudir a los siguientes criterios: i) el grado de culpabilidad; ii) la naturaleza esencial del servicio; iii) el grado de perturbación del servicio; iv) la jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución; v) la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado; vi) las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta; vii) los motivos determinantes del

comportamiento; viii) cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos y; ix) la realización típica de una falta objetivamente gravísima, cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

Finalmente tenemos que, a partir del 29 de marzo de 2022, entró en vigor el Código General Disciplinario, norma que después de superar varios exámenes ve la luz y entra a ser parte del derecho disciplinario.

Es así como la Ley 1952 de 2019 —CGD—, en su artículo 46, clasifica las faltas disciplinarias en gravísimas, graves y leves, y ya entramos a lo novedoso que trae esta norma —hablando de aspectos de codificación—, pues las faltas gravísimas quedaron codificadas de manera taxativa a partir de los artículos 52 hasta el 65, en tanto que en sus artículos 38 y 39 describen los deberes y prohibiciones de los servidores públicos, entendiéndose que las faltas graves y leves están allí tipificadas, esto por cuanto esas normas no determinan cuáles de los comportamientos que describen constituyen faltas graves o leves.

Entonces, se puede colegir que en la codificación de las faltas gravísimas del CGD se evidencia una reserva legal cerrada, ya que, únicamente se considerarán como tales, aquellas conductas que por vía de la adecuación típica correspondan a alguno de los numerales contenidos en los artículos 52 a 65 de la precitada disposición; el asunto a dilucidar se concreta en la definición de cómo determinar cuáles de las conductas consagradas en los numerales de los artículos 38 y 39 deben ser consideradas como faltas graves o faltas leves.

No obstante lo anterior, se hace necesario destacar, y es otro de los aspectos de codificación novedosísimos de este nuevo código, la descripción de las faltas disciplinarias en particular, no en vano como primer artículo dentro del capítulo de las faltas gravísimas a las relacionadas con la infracción al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, enlistando las principales faltas a la luz de los tratados internacionales y de la codificación internacional, lo cual nos hace recordar el hoy vigente código

penal que, para el año 2000, introdujo por primera vez también en el derecho penal, el título II, capítulo único, denominado personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario.

Por otra parte, el legislador prescribió, en el artículo 47 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 8 de la Ley 2094 de 2021, lo que denominó criterios para determinar la gravedad o levedad de las faltas, precisando que se remitía a las conductas descritas en sus artículos 38 deberes, y 39 prohibiciones.

Así las cosas, los criterios que consagran la norma en cita son tomados del artículo 43 del CDU, enlistadas líneas arriba.

Evidentemente la discusión puede centrarse en precisar hasta dónde ese juicio de valoración garantiza plenamente el principio de reserva legal en materia disciplinaria, enmarcado en una ley previa, escrita y cierta, en la medida en que la lectura y estudio de estos criterios conducen en la mayoría de los casos a una indeterminación que va a permitir que discrecionalmente, sea la autoridad disciplinaria quien, bajo unos criterios subjetivos, personales, se forme un juicio y aplique dichos criterios de la manera más acertada posible, sin desbordar los principios de congruencia y proporcionalidad, respetando el debido proceso; sin jamás perder de vista la dignidad humana.

Lo anterior, por cuanto a partir de una valoración “llámese discrecional” de estos criterios, se podrá variar la naturaleza de la falta, bien de grave a leve o viceversa, lo cual al final termina impactando directamente al sujeto disciplinable, quien recibirá una sanción en consecuencia.

Es importante señalar que en la exposición de motivos de la Ley 1952 de 2019, los autores del proyecto de ley señalaron lo siguiente:



“El proyecto también se ocupa de organizar la mayoría de los comportamientos que el legislador considera como faltas disciplinarias. De ese modo, el ejercicio

efectuado consistió, por una parte, en clasificar las faltas gravísimas, encuadrándolas en ciertos capítulos para evidenciar su particular especialidad.

Así este ejercicio dio como resultado la reagrupación por unidades temáticas independientes con los siguientes títulos: i) faltas relacionadas con la Infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; ii) faltas relacionadas con la libertad y otros derechos fundamentales; iii) faltas relacionadas con la contratación pública; iv) faltas relacionadas con el servicio o la función pública; v) faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflicto de intereses; vi) faltas relacionadas con la hacienda pública; vii) falta relacionada con la acción de repetición; viii) faltas relacionadas con la salud pública; ix) los recursos naturales y el medio ambiente; x) faltas relacionadas con la intervención en política; xi) faltas relacionadas con el servicio, la función y el trámite de asuntos oficiales; xii) faltas relacionadas con la moralidad pública; xiii) faltas relacionadas con el régimen penitenciario y carcelario y xiv) faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal.

Referente a lo establecido en el artículo 65 del CGD es importante señalar que el hecho de haberse reubicado el numeral 1 del artículo 48 del CDU, que se refiere a la configuración de una falta disciplinaria por la realización de una conducta descrita en un tipo penal objetivo; el cambio no es solo formal o cosmético, sino que es un mensaje para el juez disciplinario, para que antes que todo, examine la conducta del investigado y la confronte con la tipología disciplinaria propia, en atención a los principios de especialidad y subsidiariedad referidos anteriormente”³.



3 Exposición de motivos -Gaceta del Congreso 401 del 6 de agosto de 2014.

2. LA CODIFICACIÓN DE LAS FALTAS GRAVÍSIMAS EN LA LEY 1952 DE 2019

A partir de la nueva codificación establecida para las faltas gravísimas en el Código General Disciplinario, podemos deducir que el legislador estableció una reserva legal cerrada, en la medida en que estos comportamientos prohibidos están taxativamente señalados en los artículos 52 al 65 del Estatuto Disciplinario; situación que no puede predicarse en relación con las faltas graves y leves, las cuales se encuentran tipificadas en los artículos 38 deberes y 39 prohibiciones de la disposición en cita, apreciándose que en estos artículos no se determina cuáles de esas conductas se tipifican como faltas graves y cuáles como faltas leves; margen discrecional que se le deja al juez disciplinario, el cual debe acudir a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 1952 de 2019. *Modificado por el artículo 8° de la Ley 2094 de 2021*, criterios que por demás llevan un alto contenido de subjetividad y otorgan, como ya se indicó, un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad disciplinaria.

En relación con el principio de legalidad, la Corte Constitucional ha sido generosa en su jurisprudencia, precisando que, en el derecho sancionatorio, este principio comprende una doble garantía: i) material y formal (Sentencia C-412/15).



El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma —lex scripta— con anterioridad a los hechos materia de la investigación —lex previa—. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma

con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.



3. LAS INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Antes de adentrarnos a darle una mirada a la configuración normativa novedosísima reagrupada por unidades temáticas independientes con los siguientes títulos realizada por el legislador en la Ley 1952 de 2019, “*Por medio de la cual se expide el código general disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario*”, consideramos que es importante recordar algunos conceptos que nos permiten entender con claridad, cuando estamos hablando del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, toda vez que ambos son parte del derecho internacional, es decir, que tienen principios y características propias dentro de un sistema integrado de normas; lo anterior quiere decir que, no obstante sus particularidades especiales, dentro de cada subsistema, las normas provienen de los mismos mecanismos o fuentes tanto convencionales como consuetudinarias.

Así las cosas, con el ánimo de recoger las principales características de estos dos instrumentos jurídicos, acudiremos a lo dicho por algunos autores al respecto.

4. LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: EL *IUS AD BELLUM* Y EL *IUS IN BELLO*

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) o *ius in bello* no permite ni prohíbe los conflictos armados, tanto internacionales como internos, sino que, frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario. Se trata de un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate⁴. Así entendido, el DIH pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad; es decir, entre lo que es necesario para vencer al adversario y lo que simplemente denota crueldad⁵. En suma, oponer la civilización de los límites ante el desenfreno de la barbarie que pueden suponer *per se* los enfrentamientos armados⁶.

5. SUJETOS RESPONSABLES DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales enlistan las violaciones consideradas como graves, las cuales son también denominadas crímenes de guerra; entendiendo por infracciones graves cualquiera de los siguientes, siempre y cuando se cometan contra

4 Pictet, Jean. «El Derecho Internacional Humanitario: definición». AAVV. Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario. Madrid: Tecnos, 1990, p. 17-18.

5 Bettati, Mario. Droit humanitaire. París: Éditions du Seuil, 2000, p. 19.

6 La tensión entre civilización y barbarie apunta también a la afirmación de un núcleo inderogable de Derechos Humanos como muestra del consenso universal en torno al tema. Véase Salmón, Elizabeth. «América Latina y la universalidad de los Derechos Humanos». Revista Agenda Internacional, año VI, N° 12, enero-junio 1999, p. 123- 136.

personas o bienes protegidos en los Convenios y en los protocolos: i) el homicidio intencional; ii) la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) la deportación o los traslados ilegales; iv) la detención ilegal; v) el hecho de obligar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas enemigas, o de privarla de su derecho a ser juzgada regular e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios y el Protocolo; vi) la toma de rehenes; vii) la destrucción y la apropiación no justificada de bienes por necesidades militares y llevadas a cabo, en gran medida, de manera ilícita y arbitraria. También constituyen infracciones graves los siguientes actos intencionales, cuando ocasionan la muerte o perjudican gravemente a la integridad física o la salud; los ataques contra la población civil, contra las personas civiles y contra los bienes civiles, los ataques indiscriminados o los ataques contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a sabiendas de que ese ataque causará pérdidas en vidas humanas, heridos entre las personas civiles o daños a bienes civiles que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; los ataques contra las localidades no defendidas y las zonas desmilitarizadas, los ataques contra las personas reconocidas fuera de combate y el uso perverso del signo de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja o de otros signos protectores reconocidos. Además, son también infracciones graves cualquier traslado por la potencia ocupante, de una parte, de la propia población civil al territorio que ocupa, la deportación o el traslado de la totalidad o de una parte de la población de ese territorio, toda injustificada demora en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles, la práctica del apartheid y demás prácticas análogas, y los ataques dirigidos contra bienes culturales claramente reconocidos.

A través del tiempo, se ha venido considerando al Estado como el único violador del derecho internacional, razón para entender que este era el único que incurría en responsabilidad internacional; sin embargo, en la actualidad esta tesis ha sido revaluada y hoy son varios los sujetos del derecho internacional que pueden ser sancionados por no cumplir con este derecho. En relación con este tema puntual, a partir de 1945, se han consolidado una serie de normas y

se han creado órganos encargados de establecer la responsabilidad internacional, tanto del Estado como del Individuo, cuando se cometen crímenes de guerra.

Para este artículo cobra importancia lo señalado por el Tribunal de Nuremberg, en la sentencia del 30 de septiembre de 1946, fallo en el cual señaló lo siguiente:



“Hace tiempo se ha reconocido que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos igual que a los Estados... Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas, y solo mediante el castigo a los individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional... El principio de derecho internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a los actos que tal derecho condena como criminales. Los autores de dichos actos no pueden resguardarse tras sus cargos oficiales para librarse de la sanción de los juicios apropiados... Quien viola las leyes de la guerra no puede lograr la inmunidad por el solo hecho de actuar en obediencia a la autoridad del Estado, cuando el Estado, al autorizar su actuación, sobrepasa su competencia según el derecho internacional... El hecho de que se ordene a un soldado que mate o torture, en violación de la ley internacional de la guerra, jamás se ha reconocido como una defensa de tales actos de brutalidad{...}”



6. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO

El DIH se aplica en el contexto de un conflicto armado. No obstante, ni los cuatro Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, ni

sus Protocolos Adicionales, del 8 de junio de 1977, contienen una definición en sentido propio del mismo. Únicamente en el marco del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo Adicional II), se señalan los requisitos de aplicación de dicho tratado, lo que no supone una definición general de conflicto armado ni un esquema a seguir necesariamente en todos los casos de conflicto armado no internacional.

Como señala Tomuschat, aunque generalmente resulta apropiado adoptar una interpretación flexible de los conceptos en los que descansa el DIH, debe tenerse sumo cuidado al definir conflicto armado. Si el umbral es excesivamente bajo se corre el riesgo de favorecer el bandidaje y la delincuencia común que se encuentran dentro del ámbito de acción de la policía y las leyes penales internas. Por el contrario, si el umbral es excesivamente alto, se pueden generar situaciones de desprotección para las víctimas de los conflictos armados. Por ello resulta importante identificar los elementos que la doctrina, práctica de los propios estados y jurisprudencia internacionales, han considerado relevantes en la definición de conflicto armado.

7. LA DEFINICIÓN DE CONFLICTO ARMADO

En cuanto a la jurisprudencia internacional, un referente a tener en cuenta será siempre la posición del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia que, en el caso de Dusko Tadic, planteó que existe conflicto armado cuando:



“Se recurre a la fuerza entre estados o hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado”.⁷



⁷ Prosecutor vs. Tadic a/k/a «Dule», caso N° IT-94-1-T, Opinión y sentencia del 7 de mayo de 1997, párrafo 628.

Por su parte, el Tribunal Penal para Ruanda ha señalado, en al menos dos importantes casos, Akayesu y Musema, que:



El término «conflicto armado» en sí mismo sugiere la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida⁸.



De las anteriores definiciones podemos extraer cuatro elementos esenciales para hablar de conflicto armado: i) La existencia de la fuerza o la violencia armada; ii) La prolongación en el tiempo (temporal); iii) La organización del grupo que participa en el conflicto; iv) La inclusión del conflicto armado entre grupos.

8. LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos han sido entendidos en el mundo del derecho como derechos universales e indivisibles; es decir, inherentes a la persona humana.

Este grupo de derechos han sido incluidos dentro de una categoría conocida como derechos básicos de la persona. Son estos derechos, los que conforman el núcleo irreductible (*hard core group* - o núcleo duro). Estos derechos no están sujetos a suspensión alguna; es decir, que los estados deben garantizarlos aun durante los estados de excepción contemplados en los artículos 212 y 213 de la CP, incluyendo en situaciones de guerra interna o internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos —CIDH— considera que el derecho a la vida constituye la base esencial del ejercicio de los demás derechos. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a la vida juega

⁸ Prosecutor vs. Akayesu, caso N° ICTR-96-4-T, Sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 620 y Prosecutor vs. Musema, caso N° ICTR-96-13-A, Sentencia del 27 de enero del 2000, párrafo 248.

un papel fundamental en la Convención Americana por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido⁹.

PRINCIPIOS DE LA GUERRA

Es preciso indicar que, desde 1977, los Estados disponen de un conjunto de reglas —principios— ejemplares, que buscan remediar la deficiente protección de la población civil, especialmente de los ataques aéreos¹⁰. Del gran principio del derecho de la guerra, se desprenden tres principios así:

PRINCIPIO DE LIMITACIÓN —RATIONE PERSONAE— O PRINCIPIO DE DISTINCIÓN¹¹

De esta regla se desprende la obligación de distinguir entre combatientes y personas civiles, y su objetivo primordial es proteger a la población civil que no participa de las hostilidades,¹² “toda vez que, en tiempos de conflicto armado, solo es aceptable el debilitamiento del potencial enemigo”¹³.

9 Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156, entre otros. Ver CIDH, Informe de Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 55, 30 diciembre 2009, párr. 236.

10 Ob Cit. Pictet, p. 75.

11 Artículos 48, 50, 51 Párrs. 1, 2 y 6, 52, 57 y 58 del Protocolo Adicional I de 1977. Ver CICR, Derecho Consuetudinario “El principio de Distinción, distinción entre civiles y combatientes”, Normas 1 a 24, p. 30 y ss.

12 “Este principio se basa en la distinción que debe existir entre la población civil y los combatientes, es decir, entre quien participa directamente en las hostilidades y quien no lo hace. Esta distinción servirá también para conocer quién es y quién no es un objetivo militar concreto y, en consecuencia, para saber con precisión si puede o no ser objeto de ataque militar”. Novak Fabián, Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios internacionales (IDEI), Fondo Editorial, Lima Perú 2003, p. 137

13 APONTE CARDONA, Alejandro. Persecución Penal de Crímenes Internacionales, Diálogo Abierto entre la Tradición Nacional y el Desarrollo Internacional, Grupo Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá p. 67.

El artículo 48, del Protocolo adicional I, establece:

“

“A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las partes en conflicto harán distinción, en todo momento, entre la población civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

”

En relación con este principio existe una distinción impenitente: “En conflictos armados internacionales se utiliza la expresión de combatientes, y en conflictos armados internos se habla de personas que participan directamente en las hostilidades¹⁴”.

PRINCIPIO DE LIMITACIÓN —RATIONE LOCI¹⁵—

El alcance de este principio nos indica que los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares. Los artículos 52, 53 y 56 del Protocolo I, adicional de 1977, consagran una serie de prohibiciones para los combatientes, consistentes en no atacar localidades específicas que por lo general prestan algún servicio a la ciencia o a la beneficencia; aquellos cuyo ataque puedan generar un peligro para la población civil, o aquellos indispensables para su supervivencia.

PRINCIPIO DE LIMITACIÓN —RATIONE CONDITIONIS— O PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD¹⁶

En virtud de este principio se prohíben todas las armas y los métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos

14 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano, Bogotá 2007, p. 121.

15 Artículos 52 Párr. 2, 53 y 56 del Protocolo Adicional I de 1977 Ver CICR, Derecho Consuetudinario “El Principio de Distinción, personas y bienes especialmente protegidos”, Normas 25 y ss., p. 32 y ss.

16 Artículo 23, Lit. e del Reglamento de la Haya de 1907, Artículos 35 Párr. 2, 51 Párr. 4, 54 Párr. 1, 57 Lit. a– iii del Protocolo Adicional I de 1977, Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales.

excesivos, “se predica cuando se van a realizar ataques contra objetivos militares o contra combatientes, y establece que los medios y los métodos de combate deben ser adecuados conforme a la ventaja militar definida”¹⁷. En relación con esta regla, el numeral 1° del artículo 35 del Protocolo I de 1977, indica:



“en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es limitado”.



Según Pictet, en este principio ya no se trata solamente de salvar a las personas que participan en las hostilidades; el principio preceptúa que se debe evitar, a los combatientes, males inútiles o sufrimientos excesivos que sobrepasan lo que es necesario para poner al adversario fuera de combate. En palabras más sencillas *“los medios y métodos de combate que empleen los beligerantes no sean desproporcionados; es decir, prohíbe el uso de aquellos procedimientos que sean innecesarios”*¹⁸.

“El problema es saber dónde está el límite permitido. ¿Qué pérdidas son inútiles —qué males son superfluos—, qué sufrimientos son excesivos? Para cada arma se trata de poner en la balanza, por un lado, las ventajas militares y, por otro lado, las exigencias humanitarias. Si se puede poner fuera de combate a un militar capturándolo, no hay que herirlo; si se puede lograr este resultado hiriéndolo, no hay que matarlo. Si, para la misma ventaja militar, se dispone de dos medios, uno de los cuáles causa males menores, ha de elegirse este”.

17 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano, Bogotá 2007, p. 169.

18 Ob Cit. Novak Fabián, Derecho Internacional Humanitario, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios internacionales (IDEI), Fondo Editorial, Lima Perú 2003, p. 137

Al respecto, también se ha indicado que *“la norma de proporcionalidad no es clara sobre cuál es el grado de cuidado que se exige al soldado ni sobre cuál es el grado de riesgo que este debe asumir. Todo depende del blanco, de la urgencia del momento, de la tecnología a disposición”*¹⁹. “Los combatientes deberán abstenerse de decidir un ataque, o deberán suspenderlo o anularlo cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños de carácter civil o ambas, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. La legitimidad de un blanco militar no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo”²⁰.

INMUNIDAD DE LA POBLACIÓN CIVIL

Este principio señala la prohibición de atacar a quienes no participan en las hostilidades. “Implica la prohibición absoluta de utilizar ciertos métodos de combate tales como los ataques directos contra la población civil y los actos de terror”²¹. Está preceptuado en el artículo 13.1 del Protocolo II “La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”.

PRINCIPIOS APLICABLES A LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS (GINEBRA)

19 Tomado de A.P.V. Rogers, “Conduct of combat and risks run by the civilian population”, *Military Law and of War Review*, 1982, p. 310, por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, *Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano*, Bogotá 2007, p. 171,

20 Ob cit., Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - Defensoría del Pueblo, *Manual de calificación de conductas violatorias de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Vol. II, primera edición, Bogotá 2004, p. 124.

21 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y USAID, Alejandro Valencia Villa, *Derecho Internacional Humanitario, Conceptos Básicos Infracciones en el Conflicto Armado Colombiano*, Bogotá 2007, p. 179.

Principio de neutralidad²²

En virtud del cual la asistencia humanitaria nunca es una injerencia en el conflicto.

Principio de normalidad²³

Según el cual las personas protegidas deben llevar la vida, lo más normal posible.

Principio de protección²⁴

Impone al Estado a asumir la protección, tanto nacional como internacional, de las personas que tenga como garante o en su poder.

9. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En relación con la vigencia del Derecho de Ginebra en Colombia es preciso señalar que los Convenios suscritos por la Conferencia Diplomática fueron incorporados al ordenamiento jurídico interno, mediante la Ley 5ª de 1960, y ratificados el 8 de noviembre de 1961, época en la cual Colombia experimentaba las primeras manifestaciones de violencia interna; por un lado culminaba el enfrentamiento entre liberales y conservadores y, por otro, se celebraba la primera conferencia guerrillera en el mes de abril de 1961 —en Marquetalia, municipio de Planadas (Tolima) —.

22 Artículo 27 Párr. 3 del Convenio I de 1949, artículo 16 Párr. 1, artículo 17 Párr. 1, artículo 64 Párr. 1 y artículo 70 del Protocolo Adicional I de 1977.

23 Artículos 13, 14, 15 y 16 del Protocolo Adicional II de 1977.

24 Artículo 2º y 5 del Protocolo Adicional II de 1977, artículos 1, 10, 11, 51 y 75 del Protocolo Adicional I de 1977, artículos 4 y 5 III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Los dos Protocolos Adicionales también fueron incorporados. El Protocolo I fue aprobado por el Congreso mediante la Ley 11 del 21 de Julio de 1992. El Protocolo II, que desarrolla el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, fue aprobado mediante la Ley 171 de 1994, en medio de un intenso debate generado por las posiciones provenientes de diferentes sectores de la opinión.

Por último, el Protocolo II fue aprobado con la precisión de que sus normas son el desarrollo del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que desde 1961 rigen en Colombia. En este caso, se hace hincapié en el artículo 3° del Protocolo II que, de manera expresa, garantiza el respeto a la soberanía del Estado y por ser el DIH un derecho de mínimos, se entendió que tiene la capacidad de vincular a las fuerzas armadas legítimamente constituidas y a los grupos armados al margen de la ley²⁵.

10. LAS VÍCTIMAS EN LA ESPERA DE LAS REPARACIONES —RATIONE PERSONAE—

PROGRESO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos —CADH—, señala que debe existir una indemnización a la parte lesionada²⁶. Sin embargo, hay un alcance preciso de este mandato, lo que podría permitir una interpretación restringida o amplia sobre el concepto de víctimas: i) el primero estaría orientado solo a las víctimas afectadas de manera directa por la violación de DDHH, mientras que ii) el segundo incluiría a las víctimas directas y sus familiares. Sobre

25 Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.142 (Colombia), Informe 26/97 aprobado el 30 de septiembre de 1997, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional, Volumen III, p. 74.

26 Convención Americana, supra nota 2, art. 63.1.

este grupo se puede inferir que son víctimas directas e indirectas, aquellas personas a las que, en su núcleo familiar, se han presentado desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales; toda vez que el sufrimiento que padecen las afecta doblemente.

Para contextualizar el desarrollo del concepto de víctimas es importante señalar que en el *case law* de la Corte I.D.H. se puede observar la evolución que ha tenido esta noción. En sus inicios la Corte I.D.H. consideró que la parte lesionada estaba constituida solo por la víctima directa de las violaciones de DDHH; sin embargo, posteriormente, este órgano señaló que los familiares son también víctimas, en el sentido de que, por ejemplo: la muerte de un ser humano tiene efectos adversos, lo cual se traduce en un daño inmaterial para sus parientes cercanos²⁷. Al respecto la Corte I.D.H. ha considerado que, cuando se presentan desapariciones forzadas, los familiares de la persona desaparecida viven un marcado sufrimiento de angustia, una sensación de inseguridad, frustración e impotencia debido a la negativa de las autoridades a la investigación debida²⁸. Por tal razón, un caso de desaparición forzada se convierte en un daño directo a la integridad mental y psicológica del entorno familiar.²⁹ Así las cosas, los daños causados a los familiares u otros dependientes, en caso de muerte o desaparición forzada de una víctima, puede ser reclamada por ellos alegando derecho propio³⁰.

27 La Cantuta v. Perú 2006 Corte I.D.H. (ser. C) No. 162, 218 (29 de noviembre de 2006) (especificando que el sufrimiento por la muerte de una víctima se extiende a hijos, cónyuges, y padres).

28 Blake v. Guatemala, 1998 Corte I.D.H. (ser. C) No. 36, 114 (24 de enero de 1998).

29 Los “Niños de la Calle” v. Guatemala, 1999 Corte I.D.H. (ser. C) No. 63, 156-157, 238 (19 de noviembre de 1999) (examinando las violaciones en dos niveles: violaciones contra las víctimas y “si los familiares de las víctimas fueron, por su parte, objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes”).

30 Caso - Trujillo Oroza v. Bolivia, 2002 Corte I.D.H. (ser. C) No. 92, 56 (27 de febrero de 2002) (“[E]l derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a sus herederos”).

La Corte I.D.H. ha identificado dos vías a través de las cuales los familiares de las víctimas pueden ser reconocidos como titulares del derecho de la reparación. La primera de ellas consiste en que sean considerados como beneficiarios, o derechohabientes de la reparación³¹, y la segunda en calidad intrínseca de víctimas³². La Corte I.D.H., en tal sentido, establecerá cuáles reparaciones concedidas a las víctimas son pasibles de ser transmitidas por sucesión a sus familiares e identificar a los mismos³³.

En el Sistema Europeo de DDHH, la Comisión Europea de DDHH precisó que la víctima no solo es la víctima(s) directa(s) de la violación alegada, sino también abarca a cualquier persona que pudiera haber sufrido indirectamente algún perjuicio producto de tal afectación, o a quién haya tenido un interés personal a efectos de detener esa violación³⁴. En la jurisprudencia de la Corte Europea, en casos de violaciones serias de DDHH, se han considerado como víctimas además de, por ejemplo, las personas desaparecidas, a los familiares de ellas en tanto existen elementos tales como el estrecho vínculo paterno-filial, los esfuerzos de los familiares por encontrar a los desaparecidos y la respuesta de las autoridades, lo cual afectó directamente a los familiares por su negativa a proveerles alguna información³⁵.

31 Casodel Penal MiguelCastroCastroVs. Perú, 2006CorteI.D.H. (ser.C) No. 160,419 (25 de noviembre de 2006).

32 Caso Loaiza Tamayo Vs. Perú, 1998 Corte I.D.H. (ser. C) No. 42, 92 (27 de noviembre de 1998) (en dicha sentencia la Corte estimó que el término “familiares de la víctima” es amplio e incluye “a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano”).

33 Cuarto Reglamento de la Corte I.D.H., supra nota 3, art. 2.15 (acá definió el término “familiares” como “ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso”).

34 X v. Federal Republic of Germany, App. No. 4185/69, Comisión. Europea de Derechos Humanos.

35 Ver *Timurtas v. Turkey*, App. No. 23531/94, Comm’n Eur. D.H. Dec. & Rep., ¶ 95 (2000) (resaltando que el deber de reparar resulta no de la angustia o dolor sufrido a causa de la violación de los DDHH del familiar sino de la presencia de los factores enumerados).

11. LA LEGITIMACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA A PARTIR DE LA SENTENCIA C-014 DE 2004

Con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 podemos decir que la Dignidad Humana como derecho fundamental autónomo, establecido en el artículo 1º de la norma superior, se convierte en la columna vertebral de todos los principios constitucionales, mandato que en buena hora fue entendido por el legislador que aprobó el Código General Disciplinario vigente, toda vez que otorgó la misma jerarquía en la codificación del Estatuto Disciplinario, para luego desarrollar los derechos fundamentales consagrados en el artículo 29 de la CP, como son: (i) el debido proceso; (ii) el derecho de defensa; (iii) la investigación integral; (iv) la presunción de inocencia; (v) el derecho a la igualdad y; (vi) al juez natural (entre otros); entendiendo siempre que la función administrativa está al servicio de los intereses de los administrados y se desarrolla con fundamento en los principios establecidos en el artículo 209 *ibidem*.

Es así como, en la sentencia C-014 de 2004, fueron centro del debate aquellos derechos de las víctimas ante faltas relacionadas con la infracción al Derecho Internacional Humanitario de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, tales como: el derecho a la igualdad, al acceso a la administración de justicia, al debido proceso, a la verdad y a la reparación.

La Corte Constitucional, al declarar exequible el artículo 89 del CUD, precisó que las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidos por la ley.

En línea con el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional, frente al artículo 89 de la Ley 734 de 2002, y teniendo en cuen-

ta que el legislador le otorgó una naturaleza jurídica específica a la revocatoria dentro del proceso disciplinario, figura jurídica concebida como recurso de la administración y como recurso extraordinario en materia disciplinaria a iniciativa del interesado o del Procurador General de la Nación, disposiciones codificadas en capítulo IV, artículos 122 a 127 del CUD, y que solo procedía de oficio o a petición del sancionado, el alto Tribunal declaró exequibles las expresiones “sancionatorios y del sancionado de los artículos 122,123 y 124”, en el entendido que, cuando se trata de faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, procede la revocatoria del fallo absolutorio y del archivo de la actuación; es decir, les otorgó la calidad de sujetos procesales a las víctimas, tratándose de infracciones al Derecho Internacional Humanitario de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.



“Para la Corte es claro que la calidad de víctimas o perjudicados con tales faltas, los habilita para intervenir no solo como interesados en la defensa del ordenamiento jurídico, sino como personas portadoras de un interés legítimo y directo en las resultas del proceso disciplinario. Es decir, las víctimas o perjudicados son personas legitimadas para acceder al proceso dado que son los titulares de los bienes jurídicos vulnerados como consecuencia inescindible y directa de la infracción del deber implícita en la falta disciplinaria. Esta condición convierte a las víctimas o a los perjudicados en portadores de un interés directo en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y en la realización de la justicia disciplinaria. Es decir, los habilita para intervenir, pero no como simples terceros, sino como verdaderos sujetos procesales”.



Es importante reiterar que las faltas relacionadas con graves violaciones al DIH y los DDHH, dada su trascendencia social, imponen la adopción de criterios que permitan a la autoridad disciplinaria proceder con mayor seguridad y precisión al momento de calificarla como tal³⁶; razón por la cual se acude a la Carta Política y a los instrumentos internacionales ratificados por Colombia para dilucidar el tema, articulando dos postulados constitucionales: por una parte el artículo 4° que dispone que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”; y, por la otra, el artículo 93 que dispone que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Así mismo, el Acto Legislativo No. 2 de 2001, adicionó al artículo 93 de la CP. El inciso segundo, autorizando a Colombia el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, cuya jurisdicción en materia penal tiene carácter complementario. Valga señalar —aunque no será objeto de análisis en este escrito— que recientemente la CPI cerró, después de 17 años, el examen preliminar sobre Colombia por lo cual se suscribió el Acuerdo de Cooperación entre el gobierno de Colombia y la oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, mediante el cual el Gobierno se compromete a continuar apoyando los procesos pertinentes ante las diferentes instancias judiciales interconectadas, incluyendo la justicia ordinaria, el sistema de Justicia y Paz, y la Jurisdicción Especial para la Paz, en cumplimiento de los marcos procesales temporales previstos para las mismas. En tal sentido, la Procuraduría General de la Nación también investiga disciplinariamente hechos que serán de conocimiento de la JEP, por lo cual, conforme al acto legislativo 01 de 2017 y la Ley

36 Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional. Tatiana Rincón. Universidad del Rosario. Bogotá.2010.

Estatutaria de la Administración de Justicia JEP, artículo 79, literal j), continuaremos adelantando hasta que se anuncie públicamente que en tres meses la Sala de Reconocimiento presentará al Tribunal para la Paz la resolución de conclusiones, momento en el cual debemos remitir la totalidad de investigaciones disciplinarias que tengamos por infracciones al DIH que cumplan con los tres requisitos: (i) personal, (ii) material y (iii) temporal, y que se clasifiquen dentro de las conductas mal llamadas “falsos positivos”, hoy conocidas por la JEP en el caso 003 como *“Asesinatos y desapariciones forzadas presentadas como bajas en combate por agentes del Estado”*.

De esta manera, podemos afirmar que las víctimas o perjudicados de tales faltas fueron habilitados como sujetos procesales en el proceso disciplinario con plena legitimidad para actuar dentro de la actuación inicialmente por vía jurisprudencial, con la expedición de la sentencia C-014 de 2004 y, es partir de la Ley 1952 de 2019 —CGD—, que por primera vez en un código disciplinario se incluyó como tales³⁷.

37 Ley 1952 de 2019. Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. Art.109. “Sujetos procesales en la actuación disciplinaria{...} Podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o quienes hagan sus veces, o en el Congreso de la República contra los funcionarios a los que se refiere el ARTÍCULO 174 de la Constitución Política. Esta misma condición la ostentarán las víctimas de conductas violatorias de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como de acoso laboral (subrayado fuera del texto).

CONCLUSIONES

La sentencia C-014 de 2004 les abrió una puerta gigante a las víctimas o perjudicados por infracciones al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, otorgándoles la calidad de sujetos procesales con plenas facultades para actuar dentro del proceso disciplinario.

El derecho disciplinario, como rama autónoma del derecho colombiano, ha venido evolucionado de manera positiva, tan es así que hoy ya cuenta con régimen probatorio propio y, en materia de codificación de las faltas gravísimas, estas se reorganizan teniendo en cuenta la jerarquía del deber, prohibición o mandato infringido; las cuales aparecen tipificadas entre el artículo 52 al 65 del CGD, otorgándole un nivel de importancia superior a las faltas relacionadas con la infracción al Derecho Internacional Humanitario de los Derechos Humanos —DIDH— y el Derecho Internacional Humanitario.

Por otro lado, y no de menor importancia, resulta válido afirmar el gran compromiso que ha tenido el Estado colombiano al incorporar a su legislación interna disciplinaria buena parte de los instrumentos internacionales, relacionados con las conductas violatorias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Valga la pena traer a colación la Directiva 003 del 4 de marzo de 2019, expedida por el Procurador General de la Nación, instrumento a través del cual, el Jefe de Ministerio Público hizo unas precisiones en torno a la imprescriptibilidad de la acción disciplinaria tratándose de investigaciones realizadas por graves violaciones a los DDHH y a las graves infracciones al DIH, catalogadas como faltas gravísimas en la Ley 734 de 2002 y hoy incluidas en la Ley 1952 de 2019 —CGD—; disposición en la cual se hace alusión a lo expuesto por la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968) y algunas decisiones de la Corte IDH, lo cual está en línea con lo manifestado por lo dicho por el Consejo de Estado, órgano que consideró que *“como la acción penal y la administrativa (disciplinaria) comparten una finali-*

dad común frente a este tipo de crímenes {...}, cual es la protección tanto de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad y las justicia³⁸ como del interés público y de los derechos de la humanidad, a las dos las cubre la imprescriptibilidad como herramienta para garantizar dicha finalidad”.

En síntesis, el derecho disciplinario y la hoy jurisdicción disciplinaria se encuentran a la vanguardia de la legislaciones internacionales y nacionales, en materia de participación de las víctimas como sujetos procesales, con todos los derechos y facultades que esto les permite en materia de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, tal vez tardíamente, a diferencia del derecho penal que lo introdujo desde hace muchos años en sus codificaciones y de la centralidad de las víctimas consagrada en el Acuerdo Final de Paz y eje fundamental en la Jurisdicción Especial para la Paz, en la cual la Procuraduría General de la Nación tiene un rol y participación activa en representación de la sociedad y las víctimas y, en la cual, interviene para salvaguardar el orden jurídico.

Por último, y no menos importante, es un gran avance para el derecho disciplinario la tipificación autónoma dentro de la descripción de las faltas disciplinarias, en particular las relacionadas con la infracción al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, presentando de manera unificada un catálogo de faltas en las que el operador disciplinario puede subsumir la o las conductas de un servidor público, especialmente de la fuerza pública.

38 Vale recordar que en sentencia C-014 de 2004 la Corte Constitucional señaló que las víctimas tienen el derecho de participar en las investigaciones disciplinarias en materia de violaciones a los DD HH e infracciones al DIH, como verdaderos sujetos procesales, a fin de garantizarles su derecho a la verdad y a la justicia. También se sugiere revisar el contenido de las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-370 de 2006, C-715 de 2012, C-099 de 2013, C-180 de 2014, C-795 de 2014 y T-702 de 2016. En particular, frente al derecho a la verdad y sus criterios, entre ellos, su imprescriptibilidad: sentencias C-715 de 2012, C-099 de 2013 y C-579 de 2013, y T-473 de 2017.

REFERENCIAS

Bazán, Jan. Breve Historia de Europa Central (1938-1993), El Colegio de México, México, 1993.

Delgado Cánovas, Juan Bautista. “ La creación por la ONU de un tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia: ¿Un fracaso del sistema de seguridad Colectiva? “, Anales de derecho, Universidad de Murcia, No. 12, 1994.

CIDH-Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua - OEA/Ser. L/V/II. Doc. 86 21 junio 2018 Original: español.

Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único. Colombia (2002)

Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario. Colombia (2019)

Ley 2094 de 2021, Código General Disciplinario. Colombia (2021)

MEDIDAS PREVENTIVAS EN EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y DISCIPLINARIA

GABRIEL EDUARDO DEL TORO BENAVIDES

RESUMEN:

Este artículo estudia el régimen de las medidas preventivas presentes durante el ejercicio de las funciones preventivas y disciplinarias, con las cuales cuenta la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus atribuciones y facultades constitucionales y legales.

El artículo se concentra en definir la conceptualización de la Función Preventiva, su régimen normativo, las medidas preventivas en el ejercicio de la Función Preventiva, así como una aproximación a la vigilancia de la gestión contractual, sus antecedentes y fundamento constitucional y legal.

Por su parte, particularmente aborda las medidas preventivas en el ejercicio de la Función Disciplinaria, antecedentes y fundamento constitucional y legal, naturaleza jurídica, presupuestos normativos para su ejercicio y condiciones para el ejercicio de la medida y efectos.

PALABRAS CLAVE:

Medidas preventivas, medidas cautelares, función preventiva, función disciplinaria, Procuraduría General de la Nación.

ABSTRACT:

The present text focuses on the preventive measures that are present in the execution of the preventive and disciplinary functions of the Inspector Attorney General's Office, according to its constitutional and legal attributions. The conceptualization of the preventive function, its regulatory regime, safeguards, protective measures and the impact they may have in the surveillance of public contracts, it's also addressed in the article.

Specifically, the work includes a normative dissertation of preventive measures, including its legal background, constitutional appliance, nature, and requirements for its prosecution, measuring the effects it may have in foreseeing possible corruption cases.

KEYWORDS:

Preventive measures, protective orders, preventive role, disciplinary function, Inspector Attorney General.

CAPÍTULO I.

CONCEPTUALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN —PGN—

Se requiere precisar el marco normativo, los términos, el alcance, los lineamientos y los instrumentos que hacen parte del modelo de control a implementar a fin de asegurar su efectiva operación. En otras palabras, tener precisión sobre qué se controla, quién controla, qué tipo de funciones se requieren cumplir, o cómo se aplica el control, en qué momento y con qué tipo de instrumentos, son aspectos determinantes de una buena conceptualización de la función preventiva.

1.1. RÉGIMEN NORMATIVO DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA

La Constitución Política atribuye a la Procuraduría General de la Nación (en adelante PGN) una función preventiva al enunciar que le corresponde al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, defender los intereses de la sociedad (numeral 3, art. 277) e intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (numeral 7, art. 277), así como velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas (numeral 5, art. 277). Este cambio constitucional implicó una transformación revolucionaria para la entidad, al pasar de tener unas funciones esencialmente judiciales y de control normativo, a asumir una función dirigida a anticipar la vulneración y el desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y, a su vez, asegurar plena garantía y efectividad.

Bajo el actual enfoque funcional la PGN, como órgano de control, no se limita a la investigación y sanción de faltas disciplinarias, sino que su razón de ser se amplía hacia el control de la garantía de los derechos, en cuanto garante de segundo orden de las instituciones encargadas de hacer frente a la necesidad de atención y de satisfacción de los derechos e intereses de los ciudadanos.

El desarrollo normativo de la función preventiva empezó con la Ley 201 de 1995—disposición que desarrolló legalmente la naturaleza jurídica y las nuevas funciones de la PGN, conforme a la Carta de 1991—. Esta disposición legal recogió un primer avance en el desarrollo del “papel preventivo de la PGN” debido a la creación de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia del Ejercicio Diligente y Eficiente, con competencias en cuanto al perfeccionamiento de los mecanismos de control de gestión para promover el ejercicio diligente y eficiente de la función administrativa.

Posteriormente, el artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000, *“Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores, y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”*, modificado por el artículo 2 del Decreto Ley 1851 de 2021, el cual asignó al empleo de Procurador General un compendio de 53 funciones de distinta naturaleza que abarcan, entre otras, funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, de conformidad con la Constitución Política y las leyes.

Las funciones preventivas y de control de gestión comprenden un amplio alcance al referirse a sectores o servicios específicos o grupos poblacionales y procesos de gestión. Las funciones preventivas y de control de gestión, inicialmente creadas por el Decreto Ley 262 de 2000, han sido adicionadas a lo largo del tiempo, siendo extensivas a la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado interno, y de la infancia y la adolescencia, a velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, así como de las decisiones judiciales y administrativas; el ejercicio diligente y eficiente de las funciones públicas y el ejercer control de gestión sobre ellas; también, de manera selectiva, ejer-

cer control preventivo de la gestión administrativa y de la contratación estatal que adelantan los organismos y entidades públicas; intervenir ante las autoridades públicas, cuando sea necesario, para defender el orden jurídico, el patrimonio público, las garantías y los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente, así como los derechos de las minorías étnicas; velar por la eficiente prestación de los servicios públicos y por la defensa de los derechos del consumidor y usuarios de los servicios públicos domiciliarios, entre otras materias.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-977 de 2002, señaló al respecto:



“En efecto, ejercer preferentemente el poder disciplinario como concreción de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas es tan solo una de las múltiples atribuciones que la propia Constitución confía al Procurador General de la Nación para que este las cumpla, “por sí o por medio de sus delegados y agentes” (artículo 277 numeral 6). Además, de esta atribución que conduce a la imposición de sanciones disciplinarias, la Procuraduría General de la Nación tiene funciones de naturaleza preventiva, no sancionatoria. La misión preventiva de la Procuraduría encuentra fundamento en varias disposiciones constitucionales. Es así como, por ejemplo, para vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos (artículo 277 numeral 1, C.P.), el Procurador puede exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria (artículo 277 numeral 9, C.P.).

Claramente, el Constituyente no pretendió hacer una enumeración taxativa de las funciones de la Procuraduría, puesto que facultó al legislador para deter-

minar otras atribuciones compatibles con la posición institucional y la misión constitucional del Ministerio Público (artículo 277 numeral 10 C.P.)”.



En el mismo sentido, con ocasión de la revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 567 de 2020, en Sentencia C-193 de 2020, por la cual se asignaron a los procuradores judiciales de familia funciones para adelantar los procesos de adopción, la Corte Constitucional explica que:



“En primer lugar, la PGN desarrolla una función de prevención conforme a la cual se encarga de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos con fines preventivos y de control de gestión. También vigila el actuar de los servidores públicos. En cumplimiento de esta función, adelanta acciones constitucionales y las demás necesarias para la defensa del orden jurídico. En segundo lugar, cumple una función de intervención como sujeto procesal ante las autoridades judiciales, administrativas o de policía cuando sea necesario para defender el orden jurídico y los principios y derechos constitucionales. En cumplimiento de esta función, interviene ante el Congreso en actuaciones disciplinarias, ante las jurisdicciones contencioso administrativa, constitucional y ante las diferentes instancias de las jurisdicciones penal, penal militar, civil, ambiental y agraria, de familia, laboral, ante el CSJUD y las autoridades administrativas y de policía. Puede ser desarrollada por las procuradurías delegadas y los procuradores judiciales. Además, en virtud de esta misión, también ejerce funciones de conciliación, las cuales son desempeñadas únicamente por los procuradores judiciales. En tercer lugar, desempeña la función disciplinaria conforme

a la cual asume el conocimiento de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. En estos casos se le atribuyen funciones de policía judicial (art. 277 superior). Esta labor la desempeñan el Procurador General de la Nación, el Viceprocurador, la Sala Disciplinaria, las procuradurías delegadas y los procuradores judiciales. Por último, la entidad se encarga de la protección y defensa de los derechos humanos. Para ello, defiende especialmente los intereses colectivos y promueve, ante las autoridades judiciales y administrativas, el cumplimiento de la normativa nacional y los tratados internacionales”.



1.2. FUNCIÓN PREVENTIVA INTEGRAL Y SU MODELO AL INTERIOR DE LA PGN

En el marco de las disposiciones constitucionales, legales y pronunciamientos jurisprudenciales arriba señalados, la operación de la función preventiva ha sido conceptualizada inicialmente por la Resolución 490 de 2008, mediante la cual se creó el Sistema Integral de Prevención y se establecieron los principios y criterios para la gestión interna de la función preventiva.

Posteriormente, la Resolución 490 de 2008 fue derogada por la Resolución 132 de 2014, la cual establece un nuevo enfoque, principios, lineamientos para el ejercicio de la función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación; se modifica y fortalece el Sistema Integral de Prevención.

En la Resolución citada, la función preventiva se define como *“la función misional de la PGN a través de la cual la entidad busca anticiparse y evitar la ocurrencia de hechos que afecten la garantía de los derechos, mediante la detección y advertencia temprana de riesgos en la gestión pública. De igual manera, promueve el respeto de las garantías de los derechos constitucionales”*.

Así, del artículo referido anteriormente, se colige que la función preventiva comprende el desarrollo de actuaciones tendientes a orientar a los ciudadanos para el ejercicio de sus derechos, gestionar la restitución de derechos vulnerados o la mitigación de daños ocasionados por efecto de su vulneración y evitar o anticiparse a la ocurrencia de hechos que puedan afectar derechos, en el marco de la gestión pública.

Con el propósito de alcanzar estos objetivos, la función preventiva establece tres escenarios —Anticipación, Mitigación y Restitución, y Orientación— dentro de los cuales se definen cinco tipos de actuación: proyecto preventivo, caso preventivo, asunto ordinario, asunto abreviado y atención al público, respectivamente.

Ahora bien, el modelo operativo de la función preventiva integra un conjunto de elementos que incluyen lineamientos, escenarios y tipos de actuación. En cuanto a los primeros, se contemplan los grandes propósitos hacia los cuales apunta el ejercicio de la función preventiva y que incluyen *la garantía de los derechos de las personas; dependen por la vigilancia y control del cumplimiento de las políticas públicas y el control de la gestión pública; el desarrollo de la capacidad anticipatoria y la generación de valor en el sector público a partir de gestionar y analizar información.*

El modelo contempla los siguientes escenarios o ámbitos de gestión: (i) *Orientación*, cuyo objetivo es asesorar, orientar o poner en contacto al público que acude a la PGN a través de los canales institucionales definidos para su atención; (ii) *Mitigatorio o de restitución*, cuya finalidad es mitigar los efectos derivados de la vulneración de un derecho o restituir el goce del derecho vulnerado. El operador preventivo requiere, insta, invita, interactúa e interpone ante la(s) entidad(es) responsable(s) de la(s) política(s) en el marco de la(s) cual(es) se garantiza(n) los derechos y que actúa(n) como garante(s) de primer grado; (iii) *Anticipatorio*, cuyo fin apunta a prevenir en estricto sentido, es decir, a evitar la ocurrencia de hechos que impliquen la vulneración de los dere-

chos de las personas, a través de acciones tendientes a anticipar, promover, vigilar, interponer ante la(s) entidad(es) responsable(s) de la(s) política(s) en el marco de la(s) cual(es) se garantizan los derechos y que actúa(n) como garante(s) de primer grado.

CAPÍTULO II.

MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA

2.1. ANTECEDENTES, FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Tal como se expuso en el capítulo anterior, la función preventiva deriva inexorablemente de las competencias constitucionales y legales conferidas a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277 superior y en el Decreto Ley 262 de 2000, respectivamente. En virtud de estas facultades, en especial las relacionadas con la vigilancia del cumplimiento de la ley, actuar en defensa de los intereses de la sociedad y colectivos y velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, se deriva necesariamente la función preventiva en materia de contratación estatal.

En el marco de las disposiciones constitucionales y legales anteriormente mencionadas resulta razonable afirmar que la función preventiva, en materia de contratación estatal, se focaliza en los derechos constitucionales y busca anticiparse, evitar y mitigar la ocurrencia de hechos que los afecten, mediante la detección y advertencia de riesgos en la gestión contractual de las entidades vigiladas.

De esta manera, la actuación preventiva se centra en problemáticas generalizadas de la gestión pública, actuando de forma independiente a la acción disciplinaria que adelantan otros despachos de la PGN, y contribuyendo al mejoramiento de la gestión y la materialización de las políticas públicas.

Habría que decir, también, que el ejercicio de la función preventiva no implica en modo alguno la coadministración o injerencia en las decisiones administrativas, financieras, técnicas o jurídicas de las entidades públicas o de los particulares que ejercen funciones públicas. En esta órbita, la PGN no expide conceptos, avales o aprobaciones frente a documentos producidos o actuaciones desplegadas por los sujetos de vigilancia; de allí que las recomendaciones efectuadas no obliguen a los sujetos en mención.

De igual manera, no puede constituirse en una herramienta de presión a los servidores o particulares que cumplen funciones públicas, para que obren de acuerdo con las recomendaciones formuladas por la PGN, así se actúe con la intención de evitar perjuicios para la comunidad, la pérdida de recursos o la vulneración de derechos, sin perjuicio de la posibilidad de plantear debates, someter a discusión temas jurídicos o técnicos, intervenir como vocera de la comunidad o de un sector que desee defender sus derechos, pero no es viable coaccionar a los responsables de la gestión pública a adoptar una determinación u otra decisión.

Así mismo, tampoco puede constituir prejuzgamiento; en tal sentido, las observaciones que se presentan en desarrollo de la función preventiva en materia de contratación estatal deben fundamentarse en argumentos legales, jurisprudenciales o doctrinales, técnicos o financieros sin valoraciones subjetivas, ni incriminaciones respecto de la conducta de los servidores públicos o particulares involucrados. De lo dicho hasta este punto se puede afirmar que, en consideración a la responsabilidad de la labor que efectúa la PGN, durante el desarrollo de la actuación preventiva, se debe garantizar la autonomía de las entidades o de los particulares que ejercen funciones públicas o administren recursos públicos, y los límites legales y jurisprudenciales que existen para el ejercicio de la función preventiva¹.

1 Resolución 480 de 2020: “Por medio de la cual se expide la política y las directrices para el ejercicio de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación en la Contratación Pública de las Entidades y de los particulares que ejercen funciones públicas o administran recursos del Estado”.

Ahora bien, sin perder de vista el respeto a la autonomía de las entidades públicas y sin que el trasegar de la actuación preventiva que ejerce la PGN implique de modo alguno coadministración, el numeral 37 del artículo 7° del Decreto Ley 262 de 2000² dispuso como medidas preventivas, en ejercicio de la función preventiva: (i) la solicitud de suspensión de actuaciones administrativas; (ii) la solicitud de revocatoria de los actos administrativos a ellas referentes en defensa del orden jurídico o del patrimonio público.

En consideración con estos lineamientos, principios y enfoque de la función preventiva, se expidió como antecedente cercano la Resolución 456 de 2010, en la que se fijan las políticas y aspectos relevantes de la actuación preventiva integral, que las dependencias competentes de la PGN realizan sobre la gestión contractual de las entidades públicas y de los particulares que ejercen funciones públicas o administran recursos del Estado.

En ese momento se denominó acompañamiento preventivo a la vigilancia de los procesos de contratación y, en el subnumeral 4.2. del artículo 4° de la citada resolución, se determinó que el trámite de los procesos de contratación debía realizarse desde la etapa de publicación de los estudios previos y proyecto de pliego de condiciones o, a más tardar, desde la expedición del acto de apertura.

En esta resolución se acotó la medida preventiva de solicitud de suspensión prevista en el plurimencionado Decreto Ley 262 de 2000 al conferirle al operador preventivo la facultad de recordarle a la entidad pública responsable del proceso de selección que, en el derogado parágrafo 1° del artículo 5° del Decreto 2474 de 2008, existían causales para suspender los procesos de selección.

De igual forma, en esta resolución se hizo mención a la medida de solicitud de revocatoria de los actos administrativos y, a dife-

2 El mismo texto fue incluido como numeral 32 del artículo 32 del Decreto 1851 de 2021.

rencia de la medida de suspensión, esta competencia se la arrogó única y exclusivamente el Procurador General de la Nación, quien estableció unas causales para su solicitud³.

Esta medida preventiva tenía mayor amplitud, pues no solo se refería a los actos precontractuales; es decir, aquellos expedidos de manera previa a la celebración del contrato, tales como: (i) el acto administrativo de apertura del proceso de selección; (ii) el informe de evaluación; (iii) el pliego de condiciones; (iv) el acto de adjudicación o de declaratoria desierta del proceso de selección, si no que hacía mención a los actos contractuales cuya expedición se realiza luego del perfeccionamiento y legalización del contrato estatal, tales como los actos administrativos emitidos con ocasión del ejercicio de las cláusulas excepcionales⁴ o de las potestades contractuales del Estado⁵.

Ahora bien, el ejercicio de esta medida, en cabeza del Procurador General de la Nación, solo podría ser ejercida en ciertas oportunidades procesales:



“Teniendo en cuenta los términos preclusivos y perentorios para el desarrollo de las diferentes etapas de los

3 4.2.2.2 Causales de la solicitud:

a) Para el acto administrativo de apertura de una convocatoria: El operador preventivo podrá plantear al Procurador General la posibilidad de sugerir la revocatoria del acto administrativo de apertura de una convocatoria pública en el marco de lo dispuesto por los artículos 3o, parágrafo 2o y 5o, parágrafo 2o del Decreto 2474 de 2008. b) Para los demás actos administrativos precontractuales o contractuales: El operador preventivo podrá plantear al Procurador General la posibilidad de sugerir la revocatoria del acto administrativo cuando este sea opuesto, de forma evidente, a la Constitución Política o a la ley, cuando no esté conforme con el interés público o social o atente contra él o cuando con este se cause agravio injustificado a una persona.

4 Artículo 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993 (Interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad).

5 Declaratoria unilateral de siniestros y cuantificación de perjuicios, declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011), la imposición unilateral de multas (artículo 17 Ley 1150 de 2007) y la liquidación unilateral (artículo 11 de la Ley 1150 de 2007).

procesos de selección y de ejecución de los contratos, el operador preventivo solo podrá plantear la revocatoria del acto administrativo de apertura de una convocatoria, hasta que se lleve a cabo el cierre de esta; es decir, hasta el recibo y apertura de los ofrecimientos. Así mismo, solo podrá plantear la revocatoria de un acto administrativo precontractual en las siguientes circunstancias: Para el acto expedido antes de la recepción de ofertas, hasta la fecha prevista para el efecto; para el acto emitido con posterioridad al cierre de la convocatoria, hasta su adjudicación o declaratoria de desierta; la revocatoria de un acto administrativo contractual solo se podrá plantear hasta la liquidación por mutuo acuerdo, unilateral o judicial del contrato o hasta que caduque la acción legal respectiva”.



Se evidencia, a partir de lo anterior, que esta medida preventiva solo podría ejercerse en las oportunidades antes referidas aunque estuviera en contradicción con lo dicho por la jurisprudencia en torno a la oportunidad para revocar los actos precontractuales. Por citar un ejemplo, en la referida resolución solo se permitía solicitar la revocatoria del acto de apertura hasta antes de recibir ofertas, aun cuando la jurisprudencia afirma que dado el carácter general del acto de apertura es viable su revocatoria incluso después de la presentación de las ofertas, tal como se expondrá más adelante.

En ese sentido, la medida no gozaba de la efectividad necesaria, pues en el caso de que el operador preventivo detectara un riesgo en la gestión contractual enmarcado en las causales de revocatoria previstas en el artículo 93 del C.P.A.C.A.⁶, con posterioridad a la recep-

6 Artículo 93. Causales de Revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

ción de las ofertas, no le era dable solicitar su revocatoria, aunque la jurisprudencia y buena parte de la doctrina dijera lo contrario.

En gran medida por estas limitaciones se expidió la Resolución 480 de 2020 en la que nuevamente se consagraron las medidas preventivas a las que nos hemos referido líneas atrás, con claras diferencias que se explicarán en los párrafos subsiguientes.

Tratándose de la medida de solicitud de revocatoria de los actos del proceso de contratación se consagró su ejercicio cuando la entidad estatal está presuntamente incurso en las causales de revocatoria antes descritas, tal como se expresaba en la resolución anterior⁷, sino que su fundamento debía darse a partir de los hechos conocidos en la vigilancia preventiva y la pertinencia de su solicitud; es decir, que si el operador preventivo advierte un riesgo en la gestión contractual que amerite la revocatoria de cualquiera de los actos del proceso de contratación deberá presentar el respectivo informe al Procurador General de la Nación para que sea este el que presente la solicitud.

Por su parte, la resolución citada, al referirse a la solicitud de suspensión, dispuso que el operador preventivo solo podría recordar la posibilidad de suspender los procesos de contratación, previo análisis de: (i) La pertinencia y oportunidad de la suspensión del proceso de contratación de acuerdo con sus términos perentorios; (ii) Los costos económicos que pueden derivarse de la suspensión del proceso de contratación; (iii) La presunta violación a la Constitución, la normativa contractual o la posible afectación al patrimonio público, los derechos y las garantías fundamentales de los ciudadanos.

7 b) Para los demás actos administrativos precontractuales o contractuales: El operador preventivo podrá plantear al Procurador General la posibilidad de sugerir la revocatoria del acto administrativo cuando este sea opuesto, de forma evidente, a la Constitución Política o a la ley, cuando no esté conforme con el interés público o social o atente contra él o cuando con este se cause agravio injustificado a una persona.

2.2. DE LA PERENTORIEDAD Y PRECLUSIVIDAD DE LAS ETAPAS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN EN EL EJERCICIO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

Las etapas de los procesos de contratación son preclusivas y están establecidas en la ley; después de surtidas, no es dable proferir actos o aportar pruebas tratándose de los proponentes.

Cabe advertir que uno de los principios consagrados en el estatuto contractual, y que también informa el contenido del Pliego de Condiciones, es el de la economía, en virtud del cual, conforme lo establece el numeral 1° del artículo 25: *“En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones”*.

Lo anterior ha sido expuesto con claridad meridiana por el Consejo de Estado, así:



“La exigencia prevista en el estatuto anterior, no difería para nada de lo que sucede hoy en día, pues, el artículo 25 de la Ley 80, enseña que los términos para las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el término una vez vencido no puede revivirse”⁸.



⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de abril de 2004, expediente 12960, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Y fallo posterior puntualizó:



“Estos plazos, que corresponden a las distintas etapas del proceso de selección, son, como lo consagra el numeral 1° del artículo 25 del Estatuto Contractual, perentorios y preclusivos. Perentorio significa “Decisivo o concluyente”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Y el “término perentorio” significa “El improrrogable, cuyo transcurso extingue o cancela la facultad o el derecho que durante él no se ejercitó”. Por su parte, preclusivo significa, según el mismo diccionario, “Que causa o determina preclusión”; y, a su vez, preclusión es definido como “carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella”. De acuerdo con las definiciones anotadas, para la Sala no queda duda alguna de que el legislador, al establecer que los términos o plazos de los procesos de selección de contratistas, en materia de contratación estatal, son perentorios y preclusivos, quiso imprimirles obligatoriedad; de tal manera que el funcionario encargado de decidir si adjudica la licitación o concurso o los declara desiertos, debe actuar, expidiendo el respectivo acto administrativo, dentro del plazo expresamente establecido en el pliego de condiciones, o legalmente prorrogado, en los términos que la ley autoriza hacerlo, so pena de tomar una decisión viciada, por ilegal”⁹



Así las cosas, no cabe duda de que las medidas preventivas de solicitud de suspensión y revocatoria de actos serán efectivas como instrumento para evitar la afectación de derechos y proteger el pa-

9 Sentencia del 3 de mayo de 2007, Expediente 16209, C.P. Ramiro Saavedra.

trrimonio público, si compaginan con el carácter perentorio y expreso que la Ley 80 de 1993 imprime expresamente a los procesos administrativos que encierra la contratación estatal.

Nótese entonces la importancia que tiene para los operadores preventivos ejercer de manera oportuna las medidas preventivas en la oportunidad procesal correspondiente; no tendría ningún sentido que se solicitara la suspensión de un proceso o su revocatoria cuando ya se ha proferido el acto de adjudicación o se ha suscrito el contrato y se encuentra en riesgo el patrimonio público.

2.3. DE LA REVOCATORIA DIRECTA DE LOS ACTOS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA MEDIDAS PREVENTIVAS

De conformidad con el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, o cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia T-551 de 1992, en relación con la revocatoria de los actos administrativos, sostuvo lo siguiente:



“Así las cosas, la figura de la revocatoria directa de un acto administrativo no forma parte de la vía gubernativa, ni constituye un recurso ordinario, se trata de una decisión soberana y unilateral de la administración en cumplimiento de un deber de revisión del Estado de sus propios actos, que se sustenta en el principio de legalidad, y en los valores fundantes constitucionales a la libertad de los administrados y a la justicia, que le permite rectificar su actuación o decisión sin la necesidad de recurrir al conocimiento de los tribunales contencioso-administrativos”.



Los actos precontractuales, es decir, los expedidos de manera previa a la celebración del negocio jurídico, constituyen acto de carácter general que no crea situaciones jurídicas o derechos individuales, particulares y concretos, pudiendo las entidades revocarlos en los casos previstos en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011. En efecto, el Consejo de Estado ha señalado que: *“se concluye con sobradas razones que los actos demandados del caso sub iúdice no son nulos, porque el acto administrativo de apertura de la licitación era revocable”*¹⁰.

La revocatoria de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, puede producirse en cualquier tiempo, para lo cual bastaría la simple expedición de otro acto que se limite a dejarlo sin efecto o que modifique su contenido o lo reemplace en su totalidad, sin que para ellos se requiera nada más que la voluntad de la administración.

En sentencia del 26 de marzo de 2014, el Consejo de Estado se pronunció aceptando la posibilidad de revocar los actos administrativos de trámite de los procesos de selección que se rigen por el Estatuto General de Contratación, particularmente el acto de apertura del proceso de selección. En dicha providencia se afirma lo siguiente:

“{...} a la pregunta de si en materia contractual la administración puede revocar sus propios actos —salvo el de adjudicación—, la Sala responde que sí —como lo consideró el Departamento de Antioquia, y luego los reglamentos de la Ley 1150 de 2007—, porque si el tema no está regulado en la Ley 80 habrá de acudir al régimen general previsto en el CCA. En estos términos, queda claro que la revocación directa también gobierna la contratación estatal; de hecho, sería un despropósito excluirla de este sector del derecho administrativo, pues ninguna razón coherente justifica semejante conclusión, pues en este campo, como en cualquier otro, las decisiones de la administración pueden necesitar corrección, siempre que se cumplan los requisitos de ley”.

10 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2014, radicación 05001-23-31-000-1998-01503-01 (25.750), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Adicionalmente, en la sentencia citada, se precisó que la potestad de revocar unilateralmente el acto de apertura de un proceso de selección puede ejercerse válidamente aun en los casos en que se hayan presentado propuestas y estas hayan sido evaluadas. Así se señaló en la providencia referida:



“Si el proceso de selección, luego de su apertura, avanza demasiado, la revocatoria directa aun es jurídicamente posible, siempre que concorra alguna causal prevista en el CCA. Sin embargo, en este evento, las probabilidades de causar daños se incrementan exponencialmente, pero ni siquiera en este caso se puede asegurar que necesariamente ocurrirán. Tal es el supuesto en que se abre una licitación, y después de presentadas y evaluadas las ofertas la administración la revoca, es decir, cuando existen interesados definidos, e incluso propuestas con ofrecimientos concretos. En tal evento es altamente probable que los afectados sufrirán perjuicios, representados, por ejemplo: en los mismos costos de estudios y pago de salarios al personal dedicado durante semanas a estudiar el proyecto; no obstante, tampoco se pueden asegurar, a priori, que esos perjuicios se causarán. Sin embargo, en este caso surge un problema adicional, en relación con el anterior supuesto: es posible que un proponente esté más determinado a exigir la adjudicación del contrato, porque, incluso, ya sabía que ocupaba el primer lugar en la evaluación de las propuestas”¹¹.



Como puede colegirse de todo lo dicho hasta aquí, es viable afirmar que si el operador preventivo advierte que existe causal para la revocatoria directa de los actos precontractuales o contractuales, entre

11 Ibidem.

ellos el acto de apertura, es deber de la administración pública revocar los actos administrativos de carácter general en los casos en que concurra alguna de las causales consagradas expresamente en la Ley 1437 de 2011, sin que ello suponga la existencia de vicios o irregularidades jurídicas, puesto que tal determinación obedece a la necesidad de la entidad pública de adecuar sus actuaciones al principio de legalidad y al interés público o social.

CAPÍTULO III.

MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DISCIPLINARIA

3.1. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

La Ley 743 de 2000, Código Disciplinario Único, en el artículo 160¹², adicional a la suspensión provisional del investigado, estableció por primera vez medidas preventivas en el proceso disciplinario, figura que será objeto de este estudio.

La citada disposición de la Ley 734 de 2002 se reprodujo de igual forma en el artículo 219¹³ de la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

12 ARTÍCULO 160. *Medidas preventivas.* Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería Distrital de Bogotá adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida solo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien este delegue de manera especial, y el Personero Distrital. Texto subrayado declarado inexequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-037 de 2003.

13 La anterior disposición hace parte del Capítulo III. Suspensión y otras medidas, Título IX, "Procedimiento", del Libro IV, Procedimiento Disciplinario.



“ARTÍCULO 219. Medidas preventivas. Cuando la Procuraduría General de la Nación o las Personerías adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida solo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien este delegue de manera especial, y el Personero”.



Las medidas preventivas tienen su fundamento constitucional en el artículo 277 que dispone que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene la función, entre otras, de *“intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales”* (numeral 7).

Lo anterior, en concordancia, entre otras, con las funciones dispuestas en los siguientes numerales del mencionado artículo 277 de la Constitución Política: “1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos”; “3. Defender los intereses de la sociedad”; “4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente”; “5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas”; y “9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria”.

De otra parte, el numeral 32 del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000, entre las funciones del Procurador General de la Nación, señala la de *“Solicitar la suspensión de actuaciones administrativas o la revocatoria de los actos administrativos en defensa del orden jurídico o del patrimonio público”*.

3.2. NATURALEZA JURÍDICA: MEDIDA PREVENTIVA DENTRO DEL PROCESO DISCIPLINARIO

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la solicitud de suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución es una medida en ejercicio de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías dentro de un proceso disciplinario; es así como dos funciones misionales del ente autónomo de control, la preventiva y disciplinaria, confluyen dentro del procedimiento disciplinario.

En efecto, en la sentencia C-977 de 2002, al pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 160 de la Ley 734 de 2002, la Corte Constitucional señaló:

“

“Las funciones preventivas del Procurador General de la Nación pueden ser desarrolladas por el legislador en ejercicio de la potestad de configuración que la Constitución le confiere. La Carta no estableció un modelo único y rígido de concreción de la misión institucional del Procurador General en el ámbito preventivo. El legislador puede optar por regular de manera integral dicha misión o por desarrollar tan solo una de las funciones que se inscriben en dicho ámbito. Puede también establecer una separación clara entre las funciones preventivas, las funciones protectoras de los derechos y las funciones sancionatorias de orden disciplinario o, alternativamente, puede, por ejemplo, establecer relaciones específicas entre el ejercicio del poder disciplinario y la concreción de ciertas atribuciones de carácter preventivo. La norma acusada expresa la decisión del legislador de permitir que dentro del contexto de un proceso disciplinario se ejerza una función preventiva específica encaminada a impedir la vulneración del orden jurídico y la defraudación del patrimonio público”.

”

La sentencia antes mencionada precisa que la medida preventiva objeto de estudio no es “una medida cautelar en sentido estricto, puesto que su finalidad no es asegurar los efectos de una eventual sanción disciplinaria”.

Ciertamente, si la finalidad de las medidas cautelares es “asegurar la ejecución del fallo correspondiente”¹⁴, el “ejercicio de un derecho de supremacía que corresponde al Estado”¹⁵ o “asegurar el cumplimiento del derecho solicitado por el demandante”¹⁶, y el fin del derecho disciplinario es “encauzar o dirigir la conducta de sus destinatarios específicos, vinculados por las relaciones especiales de sujeción, dentro de un marco de parámetros éticos que aseguren la función social que cumplen dentro de un Estado social y democrático de derecho”¹⁷, podría afirmarse que la medida preventiva de solicitud de suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución no es propiamente una medida cautelar porque no precave el cumplimiento de la eventual sanción a imponer al servidor público, sino que busca garantizar la prevalencia del ordenamiento jurídico y la integridad del patrimonio público; el poder disciplinario recae sobre la conducta del funcionario y no sobre dichos procedimientos, actos o contratos, a los cuales va dirigida la medida preventiva.

La doctrina también ha considerado que las medidas provisionales o cautelares pueden tener una finalidad diferente a la de asegurar la eficacia de la resolución que se profiera a la terminación del procedimiento disciplinario:

14 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso*. Bogotá: DUPRE Editores, 2017, p. 1075.

15 Ibidem.

16 Ibidem, p. 1076.

17 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *La ilicitud sustancial: Lecciones de Derecho Disciplinario*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación, 2006, Vol. I, p. 18.



{...} resulta difícil admitir que la funcionalidad de las medidas provisionales pretende asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario. De hecho, paulatinamente, tanto la doctrina como el legislador y la jurisprudencia han venido dando ejemplos de la amplitud de intereses que las medidas provisionales pueden salvaguardar. Con frecuencia, las medidas provisionales adoptadas en el procedimiento disciplinario no pretenden única y exclusivamente asegurar la ejecución de la sanción que finalmente se imponga al funcionario. Junto a este interés, subyace en la adopción de medidas provisionales el afán de protección de otros intereses que pueden padecer durante la tramitación del procedimiento, tales como el interés del servicio o la integridad de la función pública constituyen buenos ejemplos de lo dicho. En definitiva, es preciso admitir que las medidas provisionales no se agotan en la garantía de la resolución final, sino que además de este, o de forma exclusiva, suelen dirigirse a la tutela de intereses distintos, lo que permite hablar de diversos tipos de medidas provisionales¹⁸.



Ahora bien, independientemente que la medida preventiva que nos ocupa pueda o no categorizarse como una medida cautelar, lo trascendente de la figura consiste en que la función preventiva de la PGN y de las personerías se extiende a los campos del proceso disciplinario, en defensa del orden jurídico o del patrimonio público, con lo cual se salvaguarda la función pública y, en especial, la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia

18 MARINA JALVO, Belén. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. Valladolid: Editorial LEX NOVA S.A., 2001, p. 283-284.

y eficiencia, que deben observar los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas en el desempeño de su empleo, cargo o función¹⁹.

Precisamente, la sanción disciplinaria tiene una doble finalidad, a saber, preventiva y correctiva, en aras de *“garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública”*,²⁰ de manera que la función preventiva no es ajena ni a la función ni al procedimiento disciplinario. La función preventiva busca anticiparse a la ocurrencia de hechos que pongan en riesgo o afecten el debido ejercicio de la gestión pública, y la finalidad de la medida preventiva en el procedimiento disciplinario es precisamente evitar o mitigar los perjuicios que puedan derivarse de un procedimiento administrativo, acto o contrato.

3.3. PRESUPUESTOS NORMATIVOS PARA SU EJERCICIO

3.3.1. FUNCIONARIO QUE PUEDE PEDIR LA MEDIDA PREVENTIVA Y DESTINATARIO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley 1952 de 2019, solo el Procurador General de la Nación, y a quienes este delegue de manera especial y los personeros, pueden solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución.

El texto del artículo 160 de la Ley 734 de 2002 disponía en un principio que podían pedir la medida preventiva el Procurador General de la Nación, por quien este delegara de manera especial y el Personero Distrital de Bogotá; sin embargo, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-037 de 2003, declaró la inexequibilidad de las expresiones “Distrital de Bogotá” y “Distrital”, señalando que de los antecedentes legislativos de la norma no se

¹⁹ Art. 23. Ley 1952 de 2019

²⁰ Art. 5. Ley 1952 de 2019

desprendía justificación alguna que explicara la asignación exclusiva al Personero Distrital de Bogotá de dicha facultad.

De allí que al expedirse el Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), no se restringió en el Personero Distrital de Bogotá la facultad para solicitar la medida preventiva, sino que se extiende para todos los personeros distritales y municipales.

De otra parte, el destinatario de la solicitud es el servidor público o el particular sujeto disciplinable²¹, competente que adelanta el procedimiento administrativo, que ha expedido el respectivo acto administrativo o que ha contratado en representación de la entidad estatal.

3.3.2. ALCANCE DE LA MEDIDA PREVENTIVA

El artículo 219 de la Ley 1952 de 2019 de manera clara establece que la medida preventiva consiste en la facultad de “*solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público*”; no obstante, tiende a interpretarse que dicha potestad autoriza al Procurador General de la Nación y a los personeros para suspender de manera unilateral las mencionadas actuaciones, lo cual no es cierto.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-977 de 2002, hizo un estudio de interpretación semántica, originaria, finalista y sistemática del citado artículo 160 de la Ley 734 de 2002, reproducido en el artículo 219, y concluyó que:



“(la) intención del legislador en la aprobación del proyecto de ley fue conceder al Procurador General de la Nación y al Personero de Bogotá la facultad de solicitar

21 Art. 70. Ley 1952 de 2019

la suspensión de los procedimientos, actos y contratos, o su ejecución, cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público”.



Concretamente, en relación con la interpretación semántico-gramatical, precisó lo siguiente:



“[...] la medida provisional a adoptar por el Ministerio Público en desarrollo de las diligencias disciplinarias consiste en “solicitar la suspensión” y no en “suspender” los procedimientos administrativos, actos o contratos o su ejecución. Se trata de una permisión para solicitar a la autoridad competente que tome la decisión de suspender cuando se evidencian circunstancias que permiten inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. El verbo rector de la norma permisiva es “solicitar”, no “suspender”. Según el sentido natural de las palabras utilizadas por el legislador, el Procurador General y el Personero Distrital de Bogotá pueden solicitar a la entidad respectiva que ella misma suspenda los procedimientos administrativos, actos o contratos o su ejecución. La medida preventiva en defensa del ordenamiento jurídico y del patrimonio público, según el texto de la norma, no establece la facultad en cabeza del Ministerio Público de suspender directamente dichos procedimientos, actos o contratos, una vez se configuren las condiciones establecidas en el artículo 160”.



Es así como, realizada la solicitud de la medida preventiva a la respectiva autoridad administrativa, será esta la que evalúe si suspende el procedimiento, acto o contrato, con el fin de cesar sus efectos y

evitar que se continúe vulnerando el ordenamiento jurídico o afectando el patrimonio público.

Conforme a lo dicho anteriormente, se tiene que la decisión por adoptar por la autoridad administrativa no tiene que ser necesariamente la suspensión del procedimiento, acto o contrato, porque *“el ordenamiento contempla diversas atribuciones, establecidas en distintas leyes, tales como el Código Contencioso Administrativo y el Estatuto de Contratación Administrativa, que sin ser propiamente de suspensión tienen la virtud de hacer cesar los efectos o de evitar un detrimento patrimonial. En algunos casos, como por ejemplo en ciertos procedimientos administrativos, la suspensión se puede lograr por la decisión de no continuar adelantando la actuación administrativa iniciada de oficio mientras se estudia el asunto elevado por el Procurador General de la Nación o el Personero de Bogotá²²”*. Corresponde entonces a la autoridad administrativa examinar los medios legales con que cuenta para lograr que se evite la vulneración del ordenamiento jurídico o se afecte el patrimonio público que, además de la suspensión, podrá ser incluso la revocatoria de su propio acto.

De otra parte, en principio, la medida preventiva tendrá un carácter temporal, mientras subsistan los motivos que la sustentan o a lo sumo durante el procedimiento disciplinario; sin embargo, dependiendo de la decisión que adopte la autoridad administrativa, podrá ser permanente, como cuando decida no continuar un proceso de contratación o revoque sus actos.

3.3.3. PROCESO DISCIPLINARIO EN CURSO

La medida preventiva se puede solicitar cuando se adelanten “diligencias disciplinarias” por la Procuraduría General de la Nación o las personerías, por lo que debe determinarse desde qué etapa del procedimiento disciplinario puede pedirse aquella.

22 Sentencia C-977 de 2002

En relación con la suspensión provisional del servidor público, dispuesta en los artículos 217 y siguiente de la Ley 1952 de 2019, se dispone que esta se podrá ordenar durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento, y tiene plena explicación que no proceda en la indagación preliminar, pues precisamente la finalidad de esta etapa es la identificación o individualización del posible autor de una falta disciplinaria (art. 208); es decir, no existe un posible autor contra quien proceda la suspensión provisional.

Sin embargo, en cuanto a la medida preventiva del artículo 219, se estima que puede solicitarse desde la indagación preliminar, pues la medida no recae sobre el funcionario, sino sobre un procedimiento administrativo, acto o contrato y, por tanto, no es necesario que esté identificado el posible autor de la falta.

Ahora bien, en dicha etapa del procedimiento, así como en las subsiguientes, el operador disciplinario deberá contar con los elementos de juicio o probatorios que le permitan inferir la vulneración del ordenamiento jurídico o la afectación al patrimonio público, pues la medida tiene una finalidad concreta que no puede perderse de vista.

3.4. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA MEDIDA Y EFECTOS

Así mismo, el citado artículo 219 dispone que la medida preventiva es procedente *“cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público”*, lo cual significa que el operador disciplinario debe motivar la petición en hechos evidentes o manifiestos sobre la vulneración del ordenamiento jurídico o de afectación del patrimonio público, o su puesta en riesgo.

Así lo precisó la Corte Constitucional, señalando los puntos que debe contener la solicitud de la medida preventiva:



“[...] La motivación debe desarrollar los fines y condiciones establecidos en la norma sin que ello implique señalar eventuales responsables. De tal manera que, al adelantar diligencias disciplinarias, cuando se evidencian las circunstancias aludidas por la norma, en la solicitud se debe especificar, por lo menos: a) cuáles son estas, b) por qué se infiere de ellas que se produce o producirá el resultado que la norma pretende evitar, c) en qué consiste la vulneración del ordenamiento jurídico o la defraudación del patrimonio público en el caso concreto y d) cuál es el procedimiento, acto o contrato, o su ejecución, cuyos efectos deben cesar para impedir que ocurra o que continúe ocurriendo lo que es necesario, en derecho, precaver o acabar²³”.



Igualmente, la doctrina ha precisado que la solicitud de la medida preventiva debe tener el sustento fáctico suficiente y realizarse a través de un acto motivado, en el que *“además de expresar las razones por las cuales se pide la suspensión, deberá contener el porqué se infiere que de ellas se produce o se producirá el resultado que la norma pretende evitar y en qué consiste tal vulneración o defraudación concretamente”*²⁴.

Lo anterior, a su vez, también le impone una carga al destinatario de la medida, quien debe dar respuesta al instructor o juzgador disciplinario y, además, sustentar razonadamente su decisión de suspender o no el procedimiento administrativo, el acto, contrato o su ejecución; si bien es cierto que la solicitud del operador disciplinario no es una orden, la decisión de la autoridad admi-

23 Ibidem

24 BAUTISTA CELY, Martha Lucía. *Medidas cautelares y preventivas en el proceso disciplinario colombiano*. Colección Jurídica Disciplinaria. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2012, Vol. I, p. 327.

nistrativa no es discrecional, sino que debe ser una respuesta razonable y fundamentada.

En ese sentido, al señalar los riesgos de su determinación, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado:



“En ambos casos se trata de una decisión autónoma del destinatario de la solicitud de suspensión que ha de tomar dentro del ámbito de sus competencias y deberes. Será el destinatario el que aprecie las circunstancias del caso, analice el marco normativo pertinente y asuma los riesgos jurídicos de la decisión o las responsabilidades de diverso orden que de ella se puedan derivar cualquiera que sea el sentido de esta, positivo por atender la solicitud, o negativo por no atenderla. Por ejemplo, la decisión del destinatario de la solicitud puede tener consecuencias respecto de la calificación de su diligencia o negligencia”²⁵.



Por tanto, si bien la solicitud de medida preventiva del operador disciplinario ante la autoridad administrativa no obliga a esta a acceder a la suspensión de procedimiento disciplinario, acto o contrato, el servidor público tiene el deber de motivar su decisión y, en caso de una respuesta negativa, explicar las razones por las cuales considera que no se está vulnerando el ordenamiento jurídico o afectando el patrimonio público, actuación frente a la cual es responsable.

25 Ibidem.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia Corte Constitucional: C-977 de 2002, C-1076 de 2002, C-037 de 2003, C-193 de 2020.

BAUTISTA CELY, Martha Lucía. *Medidas cautelares y preventivas en el proceso disciplinario colombiano*. Colección Jurídica Disciplinaria. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica e Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2012, Vol. I, p. 327.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso*. Bogotá: DUPRE Editores, 2017, p. 1075.

MARINA JALVO, Belén. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. Valladolid: Editorial LEX NOVA S.A., 2001, p. 283-284.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *La ilicitud sustancial. Lecciones de Derecho Disciplinario*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público – Procuraduría General de la Nación, 2006, Vol. I, p. 18.

Medidas Preventivas en Diligencia Disciplinarias. Doctrina práctica sobre el artículo 160 de la Ley 734 de 2002. Guía 4. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público Procuraduría General de la Nación. 2020.

Modelo de Gestión de la Función Preventiva de la Procuraduría General de la Nación. Conceptualización. Asociación Marqués y Uriza - Sphera Consulting (2012) y PGN Economía Urbana Ltda. Primera Edición, enero de 2014.

RINCÓN RÍOS, Jarvey; GAITÁN PEÑA, Jorge Eliécer; CASTAÑEDA GONZÁLEZ, Jesús Mauricio. *Procesos Disciplinarios*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019.

NORMATIVA INTERNA PGN:

Resolución 132 de 2014: “Por medio de la cual se establece un nuevo enfoque, principios, lineamientos para el ejercicio de la función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación, se modifica y fortalece el Sistema Integral de Prevención y se dictan otras disposiciones”.

Resolución 055 de 2015: “Por medio de la cual se adiciona la Resolución 132 de 2014, en tanto se crean los diferentes tipos de actuación en el marco de los escenarios señalados en el modelo de gestión de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación”.

Resolución 456 de 2010: “Por medio de la cual se fijan políticas y se definen aspectos relevantes de la actuación preventiva integral que las dependencias competentes de la Procuraduría General de la Nación realizan sobre la gestión contractual de las entidades públicas y de los particulares que ejercen funciones públicas o administran recursos del Estado”.

Resolución 480 de 2020: “Por medio de la cual se expide la política y las directrices para el ejercicio de la función preventiva de la Procuraduría General de la Nación en la Contratación Pública de las Entidades y de los particulares que ejercen funciones públicas o administran recursos del Estado”.

PRINCIPALES MODIFICACIONES PROCESALES EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

JOHN HARVEY PINZÓN NAVARRETE¹

RESUMEN:

El derecho procesal disciplinario ha estado en permanente evolución. Las diferentes disposiciones normativas plasmadas en la Ley 200 de 1995, Ley 734 de 2002, Ley 1474 de 2011, Ley 1952 de 2019 y Ley 2094 de 2021 así lo demuestran, aspecto que se erige en un verdadero reto para las autoridades disciplinarias. En efecto, pese a los esfuerzos que se han hecho, de cada legislación se desprende un considerable número de problemas. Por tanto, en este texto se podrán encontrar algunas reflexiones que le servirán al lector para dar respuesta a varios interrogantes que están relacionados con los temas más acuciantes de cada etapa del proceso disciplinario. No obstante, será necesario que cada servidor público que ejerza la función disciplinaria realice un gran esfuerzo, pues, como se expondrá al final del trabajo, las normas procesales, más que ser objeto de descubrimiento en las diferentes codificaciones, deberán ser de creación de quienes imparten justicia disciplinaria.

1 Procurador delegado con funciones mixtas para el seguimiento a los recursos relacionados con el Sistema General de Regalías.

ABSTRACT:

The Disciplinary procedural law has been in permanent evolution. The different regulatory provisions embodied in Law 200 of 1995, Law 734 of 2002, Law 1474 of 2011, Law 1952 of 2019 and Law 2094 of 2021 demonstrate this, an aspect that stands as a real challenge for disciplinary authorities. Indeed, despite the efforts that have been made, each piece of legislation gives rise to a considerable number of problems. Therefore, in this text you can find some reflections that will help the reader to answer various questions that are related to the most pressing issues at each stage of the disciplinary process. However, it will be necessary for each public servant who exercises the disciplinary function to make a great effort, because, as will be explained at the end of the work, the procedural norms, rather than being the object of discovery in the different codifications, must be created by those who dispense disciplinary justice.

PALABRAS CLAVE:

Evolución de las normas procesales disciplinarias. Causales del auto inhibitorio. Improcedencia de la impugnación contra decisiones inhibitorias. Finalidad de la indagación preliminar. Investigación disciplinaria. Hechos jurídicamente relevantes y diferencias con el derecho penal. Ruptura de la unidad procesal. Beneficios por confesión y aceptación de cargos. Fijación del procedimiento disciplinario. Variación del pliego de cargos y distintas vicisitudes. Retos para las autoridades disciplinarias. Nueva dinámica para tramitar las actuaciones disciplinarias. Separación de funciones de investigación y juzgamiento y sus necesarias implicaciones. Derecho disciplinario constitucional y convencional. La creación de las normas procesales disciplinarias.

KEYWORDS:

Evolution of disciplinary procedural rules. Causes of the inhibitory car. Inadmissibility of the challenge against inhibitory decisions. Purpose of the preliminary inquiry. Disciplinary investigation. Legally relevant facts and differences with criminal law. Rupture of the procedural unit. Benefits for confession and acceptance of charges. Setting the disciplinary procedure. Variation of the statement of objections and different vicissitudes. Challenges for disciplinary authorities. New dynamics to process disciplinary actions. Separation of investigation and prosecution functions and its necessary implications. Constitutional and conventional disciplinary law. The creation of disciplinary procedural rules.

INTRODUCCIÓN

Muchísima razón tenía aquella doctrina que explicó que un sistema procesal es el sismógrafo que mide la intensidad del respeto por los derechos fundamentales². Dicha afirmación no solo posee un enorme significado ideológico³, sino que además se erige en una aseveración prospectiva, ya que aquella es la que debe marcar en el futuro el carácter de un derecho disciplinario verdaderamente garantista de los derechos fundamentales de los investigados.

Desde el punto de vista histórico, el derecho disciplinario ha tenido una evolución en sus aspectos sustanciales y procesales. En este último aspecto —el procesal—, puede evidenciarse una constante línea de mejoramiento, pues las reglas procesales son creadas con mayor precisión para que se procure el respeto de los derechos de quien es sujeto pasible de la acción disciplinaria.

La Ley 200 de 1995 podría considerarse como el primer sismógrafo que empezó a medir el respeto de los derechos fundamentales en el marco de una actuación disciplinaria. En efecto, allí se unificaron los distintos regímenes y el establecimiento de las etapas bien diferenciadas. En síntesis, la aplicación de los principios y garantías relacionadas con el debido proceso resultó una muy buena muestra de que la línea de mejora estaría ajena a cualquier intento de regresividad.

Con todo, siete años más tarde, el software de ese sismógrafo cambió significativamente, pues una actualización apareció en el año 2002 a partir de la expedición de la Ley 734 de ese año. Para seguir parodiando los conceptos relacionados con la tecnología, allí se introdujo un conjunto de «paquetes tecnológicos»: el derecho a no solo conocer la investigación, sino la posibilidad efectiva y real de acceder a ella. Sobre el tema en comento, algunos todavía quedamos

2 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Módulo de aprendizaje autodirigido Plan de Formación de La Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. 2015.

3 Ibidem.

perplejos cuando recordamos que en aquella época hizo carrera la práctica de que solo podía accederse a la investigación disciplinaria cuando el sujeto disciplinado hubiere rendido la versión libre. De la misma manera, se introdujo el derecho a presentar alegatos de conclusión, pues esta prerrogativa no estaba mencionada en la Ley 200 de 1995. Pese a ello, fue gracias a una importante sentencia de la Corte Constitucional que esa posibilidad pasó de ser una enunciación del derecho a convertirse en una etapa procesal⁴.

Por su parte, al evidenciarse la necesidad de implementar otros mecanismos más efectivos en la lucha contra la corrupción y la ineficiencia administrativa, fue obligatorio contar con cierta claridad y determinación en la fijación de algunas reglas procesales en el marco de la actuación disciplinaria. Ello, por ejemplo, tuvo lugar cuando se aumentó el número de las causales de aplicación de procedimiento verbal. Recordemos que esta figura estaba regulada como una simple «extensión del procedimiento verbal aplicado por el Procurador General» y solo cuando tenía lugar las situaciones relacionadas con la confesión, la flagrancia o cuando la falta era leve. Pues bien, era necesario, de la manera más clara posible, fijar dichas reglas y más cuando las necesidades hacían considerar que el procedimiento verbal era un muy buen instrumento procesal, ampliándose las hipótesis en las que este procedimiento tenía lugar como, *verbi gratia*, otras faltas disciplinarias⁵.

Después de la Ley 734 de 2002 se creó un software de alta velocidad —si se quiere de última tecnología—, pero que en su configuración tenía un acentuado problema: excesiva agilidad, eficiencia y economía. Tal y como si se tratara de una sobretensión o un pro-

4 Corte Constitucional. Sentencia C-107 de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería.

5 Actuar u omitir a pesar de la existencia de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses; declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se cumplan las causales previstas en la ley para ello; no resolver la consulta en los términos previstos en la ley; la mora sistemática; algunas faltas relacionados con la hacienda pública; entre muchas otras. Unas y otras, cuya característica principal es que no requieren de una compleja actividad probatoria.

blema de alto voltaje, los preceptos consignados en la Ley 1474 de 2011 podían ocasionar daños considerables, esto es, una afectación relevante a los derechos fundamentales de los investigados. Sobre el tema en comento, vale enunciar algunas de dichas situaciones indeseables que se presentaban en la actuación disciplinaria:

- Trámite de recusaciones abreviadas y supeditadas a etapas posteriores, con lo cual se generaba una incertidumbre respecto de la garantía del juez imparcial.
- Impugnación contra las decisiones que negaban las pruebas, pero solo por vía del recurso de reposición. No obstante, de acudir a la apelación, habría que esperar a que se surtiera todo el trámite de primera instancia. Una vez expedido el fallo de carácter sancionatorio, la apelación sobre aquella decisión que había negado las pruebas era procedente y solo de esta manera la segunda instancia podía resolver quién tenía la razón sobre aquello que debía definirse antes de emitirse un primer pronunciamiento de fondo.
- Derivado de lo anterior, se propició la desnaturalización de la doble instancia, pues, si el funcionario de mayor jerarquía encontraba que las pruebas negadas debían practicarse, aquel tendría que proceder a ello y decidir conforme a esa actividad que en principio debió surtir en la primera instancia. Por tanto, se introducía un debate probatorio completamente nuevo y, lógicamente, sin posibilidad real y materia de una segunda instancia.
- Los ajustes que se hicieron a las formas de notificación fueron enteramente incompatibles, pues dichas reglas eran propias de temas y asuntos contenciosos y no de derecho sancionador. Para ser lo más gráfico, en ese escenario los investigados tendrían que revisar su proceso los martes y jueves, porque qué tal que el despacho elaborara un estado para notificar un cierre de la investigación o una decisión que fijara el trasla-

do para alegatos de conclusión. Un verdadero contrasentido, aunque minimizado, con buen criterio por parte de la mayoría de las autoridades disciplinarias, al combinar — pese a lo antitécnico — la notificación del estado con una comunicación muy propia a la que precedía a una notificación personal.

Este era parte del escenario que nos había dejado la Ley 1474 de 2011 que, supuestamente, tuvo como objeto «mejorar», entre otras cosas, las reglas procesales de la actuación disciplinaria.

2. LA PROPUESTA EN LA QUE SE BASÓ LA LEY 1952 DE 2019, ESTATUTO DISCIPLINARIO QUE NO ENTRÓ A REGIR DE FORMA AUTÓNOMA

2.1 LO QUE SUCEDIÓ ANTES DE LA SENTENCIA DEL 8 DE JULIO DE 2020, PROFERIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El proceso disciplinario que se surtió en la Procuraduría General de la Nación contra el entonces alcalde mayor de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego partió —definitivamente— en dos la historia del derecho disciplinario de Colombia. Para algunos fue una nefasta decisión; para otros fue lo mejor que le pudo pasar al derecho disciplinario; unos tantos advirtieron la juridicidad del fallo expedido por el organismo de control, pero no así el proferido por el Consejo de Estado. Otros, por el contrario, consideraron que el fallo en la Procuraduría fue político y que la decisión del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sí fue jurídico. En fin, desde el mes de diciembre de 2013 y comienzos del año 2014, han pasado ya más de nueve años y no hay un solo evento académico de derecho disciplinario en el que no se hable de este proceso disciplinario.

Pero, entonces, transcurrido el año de 2014 —**época en la que se presentaron** las primeras discusiones acerca de si era necesario ajus-

tar o no las normas disciplinarias—, el entonces Procurador General de la Nación conformó una comisión compuesta por abogados, servidores públicos, doctrinantes, profesores y otros entendidos en la materia, con el fin de verificar si en realidad era necesario o no ajustar, complementar o definitivamente cambiar el estatuto disciplinario.

El resultado de esa comisión se tradujo en una propuesta de proyecto de ley para expedir un nuevo Código General Disciplinario con nuevas normas tanto sustanciales como procesales. Los ajustes normativos, en modo simplemente enunciativo, fueron los siguientes:

Aspectos sustanciales	Aspectos procesales
Reorganización, ajuste e introducción de algunos principios	Adopción de un único procedimiento disciplinario
Aspectos relacionados con los temas dogmáticos de la tipicidad, ilicitud sustancial y la culpabilidad	Nuevo régimen probatorio
Reorganización y ajuste de las faltas disciplinarias gravísimas y otros asuntos relacionados con deberes y prohibiciones	Beneficios por confesión
Nueva reglamentación en materia de sanciones	Posibilidad de la segunda instancia para todos los procesos disciplinarios
Ajustes y cambios en cuanto a las figuras de la caducidad y prescripción disciplinaria	Ajustes en temas de comunicaciones, notificaciones y demás trámites similares

Sin embargo, por razones de diversa índole, la Ley 1952 de 2019 no entró a regir. Así, por ejemplo, se presentaron varias objeciones por inconstitucionalidad e inconveniencia frente a algunas normas de este nuevo Código⁶. Además, ante la adopción de un procedimiento

6 Corte Constitucional. Sentencias C-284 de 2016, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y C-704 de 2017, MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

único y el inminente riesgo de prescripción de un buen número de actuaciones disciplinarias, el legislador fue difiriendo la entrada en vigencia del Código General Disciplinario⁷.

2.2 LO QUE SUCEDIÓ DESPUÉS DE LA SENTENCIA DEL 8 DE JULIO DE 2020, PROFERIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Además de las dificultades que se presentaron con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, en el ordenamiento jurídico colombiano apareció un problema todavía mayor: la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de julio de 2020 en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*. El pronunciamiento del Sistema Interamericano provocó un variado número de opiniones acerca del pasado, presente y futuro del derecho disciplinario en Colombia. En efecto, y solo para hacer mención en el campo doctrinal, el lector podrá revisar en la siguiente tabla algunos de los principales estudios y documentos que se han elaborado sobre este aspecto⁸:

1	Ardila Quintero, Santiago y otros. Las garantías judiciales de imparcialidad, presunción de inocencia y derecho de defensa, en aplicación de la sentencia <i>Petro Vs. Colombia</i> de la CIDH, al Sistema De Responsabilidad Disciplinaria - Ley 1952 De 2019 y sus modificaciones. En <i>Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario</i> . Tomo IV. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2022.
---	---

7 Así, por ejemplo, el artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 (Por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022/ “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”) dispuso la prórroga del Código General Disciplinario hasta el 1° de julio de 2021. Este aspecto, que no estuvo exento de debate, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-427 de 2020, MP. Alejandro Linares Cantillo. Posteriormente, la Ley 2094 de 2021 sería la encargada no solo de ajustar las normas de la Ley 1952 de 2019, sino también en establecer la vigencia de todas las disposiciones contenidas en ambas leyes (artículo 74 de la Ley 2094 de 2021).

8 La relación de estos trabajos obedece a un orden alfabético.

2	Bustos Bustos, Diego Felipe. La figura de la homologación como posible salida a las exigencias de la Corte IDH. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.
3	Camargo Gualdrón, Fabio Andrés. Juzgamiento disciplinario de los servidores públicos de elección popular. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.
4	Endo Lara, Raúl Fabián. «Jaque a la Procuraduría»: El futuro del control disciplinario para los funcionarios de elección popular en Colombia. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.
5	Espinosa Jiménez, Ernesto. Funciones jurisdiccionales en la actuación disciplinaria: una propuesta alternativa, a propósito de la convencionalidad. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.
6	Ferrer Leal, Héctor Enrique. La reforma a la reforma: una propuesta de la Procuraduría General de la Nación frente al fallo de la CIDH. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo III. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2021.
7	Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Las inconventionalidades del derecho disciplinario y sus soluciones coyunturales y estructurales: A propósito de la sentencia de julio 8 de 2020 y la circular de septiembre 1 del mismo año del Procurador General de la Nación. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.
8	Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Los pilares fundamentales del control de convencionalidad en el derecho disciplinario. A propósito de la sentencia de abril 16 de 2020 del Consejo de Estado. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.

9	Gómez Pavajeau, Carlos Arturo & Mario Felipe Daza Pérez. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y su sentencia del 8 de julio de 2020 (Caso Petro Urrego vs. Colombia): un clásico en todo el sentido de la expresión. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.
10	Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. El plazo razonable y la estrategia de la «chambonería criolla». A propósito de la sentencia de julio 8 de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un SOS por los derechos humanos convencionales. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.
11	Mondragón Duarte, Sergio Luis. El principio de Juez Natural en los procesos disciplinarios promovidos contra servidores públicos de elección popular en Colombia. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.
12	Morales Támara, Alberto. Los impactos, reacciones y desafíos para el derecho disciplinario y los procesos de responsabilidad fiscal a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego contra Colombia.
13	Morales Támara, Alberto. El impacto de la sentencia de 8 de julio de 2020 proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego contra Colombia desde la perspectiva del derecho fundamental colectivo a la libre determinación de los pueblos o naciones. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo III. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2021.
14	Pinzón Navarrete, John Harvey. Reconfiguración del Derecho Procesal Disciplinario para el procesamiento y sanción de quienes desempeñan cargos públicos y/o funciones públicas. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo IV. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2022.

15	Pinzón Navarrete, John Harvey. La competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar a los servidores públicos de elección popular y la culpabilidad disciplinaria: dos aspectos necesarios para la consolidación de la «autonomía e independencia del derecho disciplinario». En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.
16	Ramírez Ramírez, Jorge Octavio. El juzgamiento disciplinario de funcionarios de elección popular. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo IV. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2022.
17	Rivadeneira Stand, Silvio Luis. La orden de adecuación del ordenamiento jurídico interno en el caso Petro Urrego vs. Colombia y el alcance del artículo 23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo III. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2021.
18	Sanjuán Gálvez, Jorge Enrique. El derecho disciplinario después del caso Petro. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo III. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2021.
19	Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerzas rectoras. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá. 2019.
20	Úsuga Mendoza, Luis Mauricio. ¿Confrontación o aggiornamento del derecho disciplinario colombiano frente a los estándares convencionales? En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.

21	Vélez Gutiérrez, Luis Fernando. El respeto del derecho al sufragio pasivo, una deuda con la historia. (Parte fundamental del camino hacia la construcción de paz en Colombia). (Caso Petro Urrego vs. Colombia). En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo IV. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2022.
22	Villegas Garzón, Oscar. La reforma de la Procuraduría General de la Nación. La corrupción como un estado de flagrancia permanente. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo IV. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2022.

Por su parte, en lo que concierne a la ley, era necesario que la institucionalidad ofreciera una respuesta acorde las «nuevas exigencias convencionales», pues la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó que el Estado Colombiano debía adecuar sus normas internas a los lineamientos fijados en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23.2) y a los criterios señalados en la sentencia del 8 de julio de 2020 en el caso Petro Urrego vs. Colombia. Las referidas directrices están contenidas en los párrafos 112 y 113 del aludido pronunciamiento:



112. En el presente caso, el Tribunal constata que el artículo 277.6 de la Constitución Política de Colombia faculta al Procurador para “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”. Por su parte, el artículo 278 del texto constitucional establece que el Procurador ejercerá directamente la función de “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de

las siguientes faltas {...}”. La Corte observa que el primer período del inciso 6° del artículo 277 y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución de Colombia admiten la posibilidad de ser interpretados de modo compatible con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1° de la propia Constitución {...}, a condición de entender que la referencia a los funcionarios de elección popular está limitada únicamente a la potestad de vigilancia del Procurador. Conforme a la regla de que no debe declararse una norma violatoria de la Convención en tanto admita una interpretación compatible con esta, la Corte encuentra que el inciso 6° del artículo 277, y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución Política de Colombia, no son incompatibles con el artículo 23 de la Convención Americana.

113. Por otro lado, el Código Disciplinario Único prevé en sus artículos 44 y 45 la facultad de la Procuraduría para destituir e inhabilitar funcionarios públicos, y define las implicaciones de dichas sanciones en los siguientes términos: “a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución, o c) La terminación del contrato de trabajo, y d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera”. La Corte ya concluyó anteriormente que una sanción de inhabilitación o destitución de un funcionario público democráticamente electo por vía de autoridad administrativa y no por “condena, por juez competente, en proceso penal”, es contraria al artículo 23.2 de la Convención y al objeto y fin de la Conven-

ción (supra párr. 100). Por las mismas razones, la Corte concluye que el Estado incumplió con sus obligaciones previstas en el artículo 23 de la Convención, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, por la existencia y aplicación de las normas del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría a imponer dichas sanciones a funcionarios públicos democráticamente electos, como fue el caso del señor Petro. (Negrillas fuera del texto)



Los dos párrafos descritos, en los cuales se condensan las órdenes y lineamientos del Sistema Interamericano, podrían ser contradictorios. En efecto, mientras en el primero de ellos se dice que el inciso 6° del artículo 277 y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución de Colombia admiten la posibilidad de ser interpretados de modo compatible con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1.° de la propia Constitución (a condición de entender que la referencia a los funcionarios de elección popular está limitada únicamente a la potestad de vigilancia del Procurador), en el segundo se concluye que una sanción de destitución o inhabilidad a un servidor público de elección popular únicamente puede provenir de una condena por un juez competente en proceso penal.

Tal suerte de cosas se complica aun más porque la sentencia de la Corte Interamericana tampoco fue mínimamente clara para señalar qué debía entenderse por «potestad de vigilancia». Empero, en el ordenamiento jurídico colombiano siempre se entendió que ese poder de vigilancia implicaba «ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley»⁹. Tal postulado está sobradamente demostrado con la imposición de sanciones discipli-

⁹ Numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia.

narias, después de la Constitución Política de 1991, a más de diez mil servidores públicos de elección popular.

En síntesis, la Corte Interamericana admitió, aunque de manera imprecisa y confusa con otros apartes de la sentencia¹⁰, que las facultades disciplinarias de la Procuraduría sí podían ejercerse, porque estas resultaban acordes con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1.º de la propia Constitución.

3. EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO: LA UNIÓN DE LA LEY 1952 DE 2019 Y LA LEY 2094 DE 2021

La primera mujer en ocupar el cargo de Procuradora General de la Nación fue la doctora Margarita Cabello Blanco. Esta jurista, conocedora de la historia política y jurídica colombiana, y muy especialmente de la importancia de una entidad como la Procuraduría General de la Nación, tomó la importantísima decisión de efectuar algunos ajustes a la Ley 1952 de 2019 para cumplir el fallo proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De forma más abreviada, la jefe del organismo de control supo mantener lo mejor de la Ley 1952 de 2019, pero introduciendo algunos ajustes y adiciones que eran necesarios. Así las cosas, el Código General Disciplinario puede ser calificado como la unión y el esfuerzo entre la Ley 1952 de 2019 y la Ley 2094 de 2021.

En los siguientes numerales se hará mención de las principales modificaciones a nivel procesal, conforme a cada una de las diferentes etapas del proceso disciplinario.

10 Para tal efecto, confróntese con John Harvey Pinzón Navarrete. Reconfiguración del Derecho Procesal Disciplinario para el procesamiento y sanción de quienes desempeñan cargos públicos y/o funciones públicas. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo IV. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2022.

3.1 EVALUACIÓN DE LA QUEJA, INFORME DE SERVIDOR PÚBLICO O HECHO NOTORIO

165

Existen dos presupuestos indefectibles para el ejercicio de la acción disciplinaria: (i) la competencia del servidor público — para ejercer esa función— y (ii) que dicha acción se encuentre vigente. Cumplido lo anterior, en principio se puede dar una entre tres posibilidades: a) Remisión por competencia de las diligencias a la autoridad que corresponda; b) Iniciar la actuación disciplinaria, bien con la decisión de indagación preliminar o la investigación disciplinaria (según estén presentes algunas circunstancias específicas); c) Proferir una decisión de carácter inhibitorio cuando estén dadas algunas circunstancias que no hacen viable el inicio del proceso disciplinario.

En cuanto a esta tercera posibilidad —esto es, la de proferir una decisión inhibitoria—, tanto en el Código Disciplinario Único como el Código General Disciplinario se han mantenido las mismas causales por las que se puede adoptar una decisión de esta naturaleza. Al respecto, según se indica en el artículo 209 de la Ley 1952 de 2019, «cuando la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa, o cuando la acción no puede iniciarse, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna».

Aquí vale recordar que la decisión inhibitoria puede entenderse como una buena herramienta para hacer más eficiente el ejercicio de la acción disciplinaria. No parece excesivo sostener que en muchas ocasiones un número considerable de quejas disciplinarias —incluso algunos informes de servidores públicos— son presentados en ciertas condiciones que hacen inviable el ejercicio de la acción disciplinaria. Se puede, a manera de ejemplo, enunciar algunos casos: «Procuraduría, investiguen, se están gastando el presupuesto»; «en esta entidad el amiguismo y la complicidad campean; a los directivos solo les interesa cubrir a ciertos servidores por el amiguismo y los favores

políticos»; «el subdirector no cumple requisitos para ejercer el cargo; su trayectoria y sus antecedentes son pésimos». En fin.

En otras ocasiones, la queja aparentemente sí tiene ciertos hechos relevantes, pero se caracterizan porque de ellos es difícil atribuirlos de forma concreta a una determinada conducta de un servidor público en particular. Entre estos tenemos: las demoras en el reconocimiento de las pensiones, el hacinamiento en las cárceles del país, algunas fallas en el sistema de salud, el mal estado de las vías en alguna ciudad del país, entre muchísimas otras situaciones similares.

Con todo, pese a que la decisión inhibitoria es muy necesaria para resolver este tipo de asuntos, esta providencia produce una tensión en el siguiente sentido: por un lado, el criterio de la autoridad que se traduce en su auto habilitado en la ley para no adelantar la acción disciplinaria. Por el otro, el interés —legítimo, por cierto— del ciudadano que, conforme al artículo 92 de la Constitución Política de Colombia, «puede solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o **disciplinarias** derivadas de la conducta de las autoridades públicas»¹¹.

¿Qué puede hacer el ciudadano, entonces, cuando la autoridad disciplinaria decide adoptar una decisión inhibitoria? ¿Volver a interponer la queja o impugnar la decisión por medio de la cual la autoridad competente desestimó la queja? Es una difícil decisión y la ley hasta el momento no había sido clara para optar por una u otra alternativa, hasta el punto de que las posiciones jurídicas sobre la materia no eran pacíficas. Así, por ejemplo, en la jurisdicción disciplinaria, a propósito de la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, existían posiciones encontradas, traducidas en innumerables salvamentos de voto.

Por estas razones, la nueva legislación disciplinaria, de manera expresa, señaló que contra la decisión inhibitoria no procede recurso.

11 Artículo 92 de la Constitución Política de Colombia.

Sobre dicho aspecto, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en una providencia, recordó lo que ocurría en vigencia de la Ley 734 de 2002 y destacó el cambio que suscitó la nueva legislación¹²:



La Ley 734 de 2002 **no contempló la facultad de impugnar el denominado auto inhibitorio**; es decir, la decisión por la cual el juez disciplinario se abstiene de dar apertura a la actuación una vez recibida la noticia disciplinaria.

Dicha conclusión siempre estuvo corroborada, a partir de una aplicación literal de las normas que regulan la materia. En efecto, el artículo 130 de la Ley 734 de 2002 dispuso que «contra las decisiones disciplinarias proceden los recursos de reposición, apelación y queja» de donde emergía con claridad que la impugnación de una decisión adoptada en el seno del proceso disciplinario solo puede conducirse a través de los medios determinados por el texto legal.

{...}

Por ello, la Ley 734 de 2002, en su momento, se ocupó de regular lo relativo a los recursos y a la ejecutoria, y de **precisar los únicos recursos de los que disponían los intervinientes** en el procedimiento disciplinario, así como las decisiones contra las cuales se pueden interponer.

Conforme a ello, **el recurso de apelación**, en particular, solo puede emplearse para impugnar la decisión «que niega la práctica de pruebas solicitadas en los descargos, la decisión de archivo y el fallo de primera instancia», en los términos que eran indicados en el artículo 115 de la Ley 734 de 2002

12 Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Auto del 25 de mayo de 2022. MP. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo Radicación N° 440011102000 202000124 01.

{...}

Así las cosas, entre las decisiones apelables, en la Ley 734 de 2002 no figuraba el auto inhibitorio, razón por la cual siempre resultó indiscutible su improcedencia a la luz de una interpretación literal, pero también respetuosa de la lógica que impone el debido proceso en materia procesal.

Igualmente, tampoco procede el recurso por la remisión o integración normativa, en razón a que no se observa un vacío normativo propiamente dicho que autorice su procedencia excepcional, producto de la voluntad legislativa en su momento, contenida en el 115 de la Ley 734 de 2002, según el cual el recurso de apelación «procede únicamente contra las siguientes decisiones», que enseguida enuncia en forma detallada y entre las que no aparece el auto inhibitorio.

{...}

Sin embargo, en cuanto al supuesto de la posible impugnación de las decisiones inhibitorias, lo que hizo el legislador con el Código General Disciplinario fue confirmar, con un mayor grado de precisión —y si se quiere de exactitud—, la tesis mayoritaria de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial en esta materia.

Efectivamente, el artículo 134 del Código General Disciplinario estableció, en forma taxativa, aquellas providencias que son susceptibles del recurso de apelación:

ARTICULO 134. Recurso de apelación. El recurso de apelación procede únicamente contra las siguientes decisiones: la decisión que niega pruebas en etapa de juicio, la decisión de ar-

chivo, la decisión que finalice el procedimiento para el testigo renuente y el quejoso temerario, y el fallo de primera instancia {...}

Por su parte, de forma muy dicente, el artículo 209 de dicho Código señaló lo siguiente:

ARTICULO 209. Decisión inhibitoria. Cuando la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa, o cuando la acción no puede iniciarse, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna. Contra esta decisión no procede recurso {...}

En ese orden de ideas, para la Comisión Nacional de Disciplina Judicial **no hay duda de que, tanto en la Ley 734 de 2002 como en la Ley 1952 de 2019** —con la afortunada precisión anotada—, el querer del legislador siempre fue el que contra las decisiones de carácter inhibitorio **no procediera ningún recurso**, entre ellos el de apelación. (Negrillas fuera de texto).



Además de la claridad sobre este crucial aspecto, la nueva norma evitará que se produzcan decisiones encontradas, mensajes equivocados y salvamentos de voto innecesarios. Pero, además, de forma muy especial, el ciudadano deberá entender que su derecho constitucional a solicitar el ejercicio de la acción disciplinaria deberá estar armonizado con el deber de colaboración respecto al «buen funcionamiento» de la administración de la justicia¹³.

13 Numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia.

3.2 EN LA INDAGACIÓN PREVIA

La indagación previa, anteriormente conocida como indagación preliminar, estuvo a punto de desaparecer. No obstante, tanto en los debates previos de la Ley 1952 de 2019 como en aquellos que precedieron la expedición de la Ley 2094 de 2021, se insistió en que esta etapa debía permanecer dentro de la estructura del proceso disciplinario, pero con un objeto más específico al que fue concebida originalmente en la Ley 734 de 2002. Sin lugar a equívocos —por lo menos desde el punto de vista estrictamente normativo—, la indagación preliminar ahora tiene únicamente como objeto la individualización e identificación del presunto autor de la falta disciplinaria. Esta afirmación puede corroborarse del contenido de la respectiva norma, sobre la cual vale la pena destacar algunos segmentos¹⁴:



ARTÍCULO 208. PROCEDENCIA, OBJETIVO Y TRÁMITE DE LA INDAGACIÓN PREVIA. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 2094 de 2021. El nuevo texto es el siguiente> **En caso de duda sobre la identificación o individualización del posible autor de una falta disciplinaria, se adelantará indagación previa.**

La indagación previa tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura de investigación. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación previa podrá extenderse a otros seis (6) meses.

¹⁴ Igualmente, de la lectura de esta norma, fácil será comprender que el plazo de la indagación previa se ajustó al término original de seis (6) meses y que, cuando se trate de asuntos o se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término podrá extenderse a otros seis (6) meses.

Para el adelantamiento de la indagación, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos. Cuando a la actuación se **allegue medio probatorio que permita identificar al presunto autor, inmediatamente se deberá emitir la decisión de apertura de investigación.**

PARÁGRAFO. Si en desarrollo de la indagación previa no se logra identificar o individualizar al posible autor o se determina que no procede la investigación disciplinaria, se ordenará su archivo. Esta decisión no hará tránsito a cosa juzgada material. (Negrillas fuera de texto).



No obstante, surgen varios interrogantes en algunas situaciones bastante particulares: ¿la autoridad disciplinaria puede limitarse a pedir de forma estricta las pruebas que únicamente permitan identificar o individualizar al autor de la falta disciplinaria? ¿En un trámite contractual, qué ocurre si se piden todos los antecedentes del contrato en donde no solo está la información de los posibles autores de la falta, sino además elementos relacionados con los hechos jurídicamente relevantes? ¿Qué sucede si la autoridad disciplinaria en la etapa de indagación preliminar ordena un número de pruebas que superan el objetivo de individualizar o identificar al presunto autor de la falta? ¿En esta etapa solo se pueden practicar pruebas documentales, o caben otras como la inspección disciplinaria o incluso una prueba testimonial?

Las respuestas a los anteriores y otros interrogantes similares no son fáciles. Así, por ejemplo, si con fines de individualizar e identificar a los presuntos autores de la falta se piden los antecedentes del contrato, ninguna irregularidad se podría considerar en esa práctica si, *verbi gratia*, en dicha información están acreditados algunos hechos jurídicamente relevantes. Lo importante en dicho caso sería que, una vez individualizado al presunto autor de la falta, se procediera a adoptar la decisión de apertura de investigación disciplinaria y de

forma expresa se le hiciera conocer a los sujetos procesales las pruebas que obran en la actuación para que puedan ejercer el derecho de contradicción y defensa.

Por su parte, en total acuerdo con el profesor y colega Ernesto Espinosa¹⁵, nada impide que se ordene el testimonio del quejoso (ratificación y ampliación de la queja) con fines de individualizar e identificar al presunto autor de la falta disciplinaria, incluso ordenándose la práctica de otras pruebas documentales con la misma finalidad. En suma, es razonablemente posible que la autoridad disciplinaria, atendiendo la dinámica de cada proceso, pueda ordenar y practicar aquellas pruebas que no solo se limitan a la individualización e identificación de la falta disciplinaria.

Pero ¡atención!: lo que no puede suceder es que la autoridad disciplinaria exceda o abuse de la facultad probatoria ordenando todas las pruebas posibles a espaldas de los sujetos procesales, sabiéndose desde el principio que la actividad probatoria no puede agotarse en esa primera fase o, lo que es peor, debiéndose desde el comienzo ordenar la apertura de investigación disciplinaria porque ya se conocía contra quien se debía ejercer la acción disciplinaria. En términos abreviados, una actuación disciplinaria que se caracterice por esa particular práctica, esto es, de agotar la actividad probatoria a espaldas de los sujetos procesales, puede en el futuro terminar anulándose por la jurisdicción que corresponda. Es lo que podría denominarse como la demostración de motivos suficientes para considerar que sí se configura la expedición irregular del acto, la violación al derecho de defensa y el debido proceso o, en un últimas, un defecto procedimental absoluto que no se puede convalidar.

El siguiente caso es sumamente diciente de lo que se acaba de afirmar, para entender cómo la acumulación de varias situaciones

15 Panel en los que el doctor Ernesto Espinosa y el suscrito participamos con el tema de las principales modificaciones sustanciales y procesales en el derecho disciplinario colombiano. Congreso Internacional de Derecho Disciplinario. Ibagué (Tolima), 25 de noviembre de 2022.

puede incidir el sentido de la decisión en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por ejemplo¹⁶. En una ocasión, una abogada recibió poder para defender a uno de tres disciplinados, a los cuales se les adelantaba un procedimiento verbal. Surtida la etapa de juicio, la autoridad disciplinaria dio lectura del fallo sancionatorio, para lo cual tardó aproximadamente una hora. La abogada que, por supuesto, había recibido hace poco el poder, interpuso el recurso de apelación a favor de su cliente, pero le solicitó a la autoridad disciplinaria que le diera un poco más de tiempo para sustentar el recurso de apelación. El jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario denegó dicha solicitud y con «código en mano» destacó que la impugnación debía interponerse y sustentarse de forma inmediata. Así, no quedándole más remedio y pese a los varios intentos para que la autoridad disciplinaria reconsiderara su posición, la abogada defensora se vio compelida a interponer y sustentar el recurso de apelación de forma inmediata.

Posteriormente, como quiera que el proceso se adelantó bajo el procedimiento verbal, la segunda instancia, en virtud de la sentencia C-242 de 2010¹⁷, debía correr el traslado a los sujetos procesales para que presentaran los respectivos alegatos de conclusión. Sin embargo, la segunda instancia no lo hizo, porque en su sentir ello no era necesario, ya que no se habían practicado pruebas en el trámite de segunda instancia. En tal sentido, se profirió el fallo de segunda instancia mediante el cual se confirmó la decisión sancionatoria.

Puestas así las cosas, ese tercer disciplinado acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en cuya demanda alegó violación al debido proceso y violación de las formas propias del juicio porque, entre otras cosas, ni se había dado un plazo razonable para

16 Ejemplo basado en el caso conocido en la sentencia del Consejo de Estado del 16 de julio de 2020. Sección Segunda. C.P. William Hernández Gómez. Referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. Radicación: 68001-23-33-000-2014-00744-01 (3357-2016). Demandante: Anderson Moreno Giraldo. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

17 Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2010. MP. Mauricio González Cuervo.

apelar y porque no se dio traslado para alegar de conclusión en el trámite de segunda instancia. Conforme a ello, el Tribunal Administrativo de Santander accedió a las pretensiones de la demanda, porque consideró que sí se había violado el debido proceso y las formas propias del juicio, concretamente por cuanto no se había dado a ese sujeto procesal la posibilidad de presentar los respectivos alegatos de conclusión.

En ese panorama, la entidad demandada interpuso el recurso de apelación contra la sentencia que había declarado nulos los actos disciplinarios administrativos para lo cual alegó que el no traslado de alegatos de conclusión no era un vicio suficiente y que por sí solo diera lugar a declarar la nulidad de los fallos disciplinarios. Para sustentar esa impugnación, la entidad demandada citó un antecedente de la misma Sección Segunda del Consejo de Estado en donde había sostenido dicha postura: esto es que, pese a la obligación de dar traslado para presentar los alegatos de conclusión en segunda instancia, si ello no se hacía porque no se habían practicado pruebas, no se configuraba una irregularidad suficiente capaz de invalidar la actuación.

¿Qué hizo el Consejo de Estado? Pues confirmó el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Santander, pero no por considerar que se había vulnerado el debido proceso y las formas propias del juicio por no haberse dado la oportunidad de presentar los alegatos de conclusión de segunda instancia. Más que eso, el Consejo de Estado señaló que no se podía patrocinar la rigidez de la primera instancia cuando se negó a dar más tiempo para presentar el recurso de apelación en el trámite a cargo de la Oficina de Control Disciplinario Interno y, al mismo tiempo, ser tolerantes con la segunda instancia cuando omitió dar el traslado para presentar los alegatos de conclusión. En esa providencia se concluyó que se violó el derecho al debido proceso por la acumulación de las dos circunstancias: por no haberse dado un plazo razonable para apelar y, de forma concurrente, por no haberse dado la oportunidad de presentar los alegatos de conclusión. Incluso el Consejo de Estado fue más allá e indicó que si se hubiese accedido a una de las dos situaciones pro-

cesales, en favor del sujeto procesal, no se hubiese configurado el vicio para haber anulado la decisión disciplinaria.

Lo anterior enseña que las autoridades deben ejercer la acción disciplinaria de manera en que se respete el debido proceso y las formas propias del juicio, por más de que se considere que una u otra determinada práctica no es una afectación sustancial del debido proceso. Lo importante del asunto es pensar en que la acumulación de varias situaciones que individualmente no son consideradas como una irregularidad que afecte el debido proceso, sí pueden alcanzar ese estatus, si es que varias de esas se hayan presentes de forma simultánea, al punto de que el juez analice todo el contexto de la situación y llegue a dicha conclusión. De esa manera, lo más saludable para la actuación disciplinaria es que desde el comienzo se entienda que cualquier irregularidad puede ser la cuota inicial que a futuro ocasione la invalidez de la actuación. Por tanto, según la norma estudiada, es más acertado entender que la indagación preliminar solo tiene, en principio, fines de individualización y de identificación de los presuntos autores de la falta disciplinaria.

Por último, vale decirse que por regla general las decisiones de archivo en la etapa de indagación preliminar no harán tránsito a cosa juzgada, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 208 de la Ley 1952 de 2019. Debe anotarse que en aquellos casos en que, si bien se logra individualizar o identificar al presunto autor, pero donde no existen elementos que permitan continuar la acción disciplinaria (no realización de falta disciplinaria o una causal de exclusión de responsabilidad, situaciones demostradas al comienzo de la actuación), habría que entender que esa decisión de archivo sí haría tránsito a cosa juzgada material.

3.3 EN LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA

Como aspectos que no revisten mayor dificultad, los principales cambios en esta etapa son los siguientes: i) El término de investigación disciplinaria vuelve a ser de seis (6) meses, prorrogables hasta en

otro tanto cuando en la misma actuación se investiguen varias faltas o a dos (2) o más sujetos; ii) Esta etapa no excederá de dieciocho (18) meses cuando se trate de investigaciones por infracciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario; iii) La prórroga en todos los anteriores eventos será de tres (3) meses más y iv) se introdujeron algunas reglas relacionadas con la forma de ordenar la ruptura de la unidad procesal, que fueron pensadas conforme a criterios de racionalización, optimización y eficiencia en el ejercicio de la acción disciplinaria¹⁸.

En cambio, existen dos situaciones de marcada complejidad que valen la pena analizarse por separado: (i) La relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes y (ii) El trámite relacionado con los beneficios de la confesión o aceptación de cargos.

3.3.1 LA RELACIÓN CLARA Y SUCINTA DE LOS HECHOS DISCIPLINARIAMENTE RELEVANTES

La relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes ni por asomo de duda puede equipararse a una imputación fáctica ni mucho menos a una imputación jurídica. Son tres conceptos distintos que, conforme a la estructura del proceso disciplinario, tienen una explicación disímil.

Efectivamente, el primer evento corresponde a una simple descripción del acontecer fáctico en el que tuvo lugar la conducta objeto de queja o aquella referida en un informe de servidor público. Si ello es así, nótese que ese acontecer fáctico es mucho más amplio que una o varias determinadas conductas, las cuales

18 Ver el artículo 214 de la Ley 1952 de 2019, el cual no se transcribe por razones de espacio. No obstante, importante anotar que, según el párrafo de dicho artículo, «la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales del disciplinado. Tampoco genera nulidad el hecho de adelantar procesos independientes para conductas en las que se presenta conexidad procesal».

sí son el elemento principal de una imputación fáctica o jurídica. Puede entonces haber contextos fácticos sin que se haya esclarecido la conducta, pero siempre esta última tendrá un marco construido por hechos, aquellos que se han considerado como disciplinariamente relevantes.

Por irremediable lógica, *hechos* y *conducta* son dos nociones diferentes. Los hechos son algo que pudo haber sucedido sin que en principio se requiera establecer la intervención de un sujeto. Por el contrario, la conducta siempre requerirá de la atribución a un sujeto, el cual en el campo disciplinario necesitará siempre ser capaz. De lo contrario, si el sujeto no es capaz (inimputabilidad) podrá haber sucedido un hecho, pero no una conducta disciplinariamente relevante.

De manera que los hechos jurídicamente relevantes no son aquellos que guardan estricta relación con el tipo disciplinario ni los que permiten construir el juicio de adecuación típica. Un sencillo ejemplo: el hecho jurídicamente relevante pudo ser, desde el comienzo, la pérdida de algunos documentos, pero una actividad probatoria puede demostrar a futuro que la conducta disciplinariamente relevante fue la de haber prendido fuego a dichos documentos. Si nos quedamos con los hechos jurídicamente relevantes, las hipótesis al comienzo de la actuación podrían ser el descuido, la omisión o la negligencia en relación con el cuidado o la custodia de esos documentos. A futuro, y en el ejemplo propuesto, de la situación fáctica de los hechos a la conducta en específico podría haber un cambio considerable, pues estaríamos en presencia de una conducta por acción consistente en la destrucción de esos documentos con circunstancias de tiempo, modo y lugar, razonablemente definidas.

Por estas razones, los hechos jurídicamente relevantes corresponden a la preliminar definición de aquellos sucesos que ciertamente deben dirigir o encauzar el ejercicio de la defensa del disciplinable en la primera etapa de la investigación, pero que no pueden tener el carácter de definitivos. Si entre la apertura de la investigación dis-

ciplinaría —momento en donde se deben enunciar de manera clara y sucinta los hechos jurídicamente relevantes— y aquella otra en donde se profieren los cargos disciplinarios —instante en el que se formula la imputación fáctica y jurídica— existe una actividad probatoria; es absolutamente lógico que los elementos de prueba puedan modificar, variar, adicionar, extender o incluso complementar aquellos sucesos que inicialmente se consideraron como hechos, pero que de cara a una decisión de pliego de cargos se tendrán que analizar como conductas con unas circunstancias de tiempo, modo y lugar bien definidas.

Por supuesto que los hechos jurídicamente relevantes orientan el principio de investigación integral sobre un marco específico y estos tienen efectos sobre el derecho de defensa, muy especialmente en los eventos de confesión o de la aceptación de cargos. Sin embargo, no por ello debe pregonarse una congruencia rígida entre los hechos disciplinariamente relevantes frente a lo que a futuro será la imputación fáctica y jurídica. Ello no solo es un equívoco de orden jurídico por tratarse de dos nociones diferentes en cada etapa del proceso disciplinario, sino que corresponde a un imposible de orden lógico y empírico, pues la verdad de los hechos y aquella referida a determinada conducta solo se logrará en la medida en que se vayan incorporando los diferentes elementos de convicción. Si ello no fuera así, se estaría obligando a la autoridad disciplinaria a anticipar, sin mayor fórmula de juicio, lo que pudo haber sucedido y ello —contra toda lógica— pondría en duda la utilidad y la necesidad de una adecuada actividad probatoria.

Por otra parte, los hechos jurídicamente relevantes en el proceso disciplinario no pueden tener una equiparación a aquellos que le corresponden al proceso penal. En efecto, allí los hechos y las conductas no solo son más precisos por los rasgos tan evidentes de aquello que constituye un delito, sino que además en esa actuación judicial existen tres momentos procesales diferentes: la formulación de la imputación, la resolución de la acusación y el respectivo fallo. En ese entendido, es lógico que se pregone una congruencia

entre estos tres actos procesales. Por el contrario, en materia disciplinaria, los hechos y las posteriores conductas, en la mayoría de los asuntos, no pueden tener la misma concreción que un delito y de manera muy relevante no existe un acto procesal que se pueda equiparar a la formulación de la imputación.

En consecuencia, la relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes no tiene otro propósito que el de propender por el respeto de los sujetos procesales frente a prácticas irrazonables, como las de agregar hechos a la investigación disciplinaria enteramente diferenciables a aquellos que dio lugar a la actuación. Por ejemplo, que la investigación haya iniciado por presuntas irregularidades en un contrato, pero que al final se formulen cargos por situaciones administrativas individuales relacionadas con la vinculación del sujeto; igualmente, que el proceso haya iniciado por un posible irrespeto, presuntos actos de violencia o de acoso laboral, pero que el reproche termine siendo por el bajo rendimiento laboral del funcionario; de similar modo, que el proceso disciplinario haya iniciado por temas de corrupción, en lo que pudiere ser una concusión, cohecho o tráfico de influencias, pero que el cargo termine siendo por alguna falta de requisitos técnicos o legales para adelantar determinado trámite. En síntesis, si hay algo que debe caracterizar a los hechos jurídicamente relevantes es lo que pudiéramos denominar como una conexidad mínima y su amplia flexibilidad para efectuar el análisis de la congruencia entre una apertura de investigación disciplinaria y un eventual pliego de cargos.

3.3.2 TRÁMITE RELACIONADO CON LOS BENEFICIOS DE LA CONFESIÓN O ACEPTACIÓN DE CARGOS

Para continuar con la dicotomía entre lo fácil y lo complejo, recordemos aquellos aspectos que, en términos generales, no revisten mayor dificultad:

- El auto de apertura de investigación debe incluir la información sobre los beneficios de la confesión o aceptación de cargos.

- Ambas manifestaciones —que son totalmente diferentes— deben hacerse ante la autoridad competente y en presencia de un defensor.
- La autoridad disciplinaria siempre debe constatar que la confesión o aceptación de cargos se hace en forma voluntaria, consciente, libre, espontánea e informada.
- El sujeto que confiesa o acepta cargos debe saber previamente su derecho a no autoincriminarse y, de forma adicional, debe comprender la naturaleza de su manifestación y de las consecuencias que ello acarrea.

No obstante, existen otros aspectos mucho más intrincados, para lo cual se hace una descripción de lo que dice la nueva ley con un determinado interrogante:

3.3.2.1 PREGUNTA N° 1

Artículo 162 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 30 de la Ley 2094 de 2021	
La confesión y la aceptación de cargos proceden desde la apertura de investigación hasta antes de la ejecutoria del auto de cierre.	¿A qué cargos se refiere la norma, toda vez que en la etapa de investigación estos no existen?

No hay duda de que si la confesión se presenta tanto en la etapa de investigación como en la del juicio disciplinario, no habrá mayor inconveniente para comprender las consecuencias de esta figura, pues la confesión es, antes que cualquier otra cosa, un medio probatorio. Por tanto, habrá un elemento más de prueba en el proceso, el cual le otorgará a la autoridad disciplinaria, por regla general, una convicción en grado de certeza sobre la responsabilidad disciplinaria. Solo en casos puramente excepcionales es que la confesión no alcanzaría ese nivel de cognoscibilidad, pues puede suceder que existan otras pruebas u otras

situaciones que hagan considerar que el sujeto confesó sobre algo que no hizo o sobre lo cual no puede tener responsabilidad disciplinaria¹⁹.

Por su parte, la aceptación de cargos en la etapa del juicio es una situación procesal que tampoco debería tener mayor complejidad. Pese a las diferencias con la confesión —pues la aceptación de cargos tiene una naturaleza procesal y no estrictamente probatoria—, esta situación implica que el sujeto ha aceptado las condiciones en las que la autoridad disciplinaria le formuló el respectivo cargo disciplinario; esto es, el sujeto ha consentido tanto la imputación fáctica como la imputación jurídica. Ello por supuesto acarreará determinadas consecuencias, las que suponen que la autoridad pueda prescindir de la práctica de pruebas, el no poderse alegar incongruencias frente al fallo —si es que la autoridad sanciona por la conducta que fue aceptada como cargos— y la bajísima probabilidad respecto a las posibilidades de éxito de cara a una impugnación²⁰.

Sin embargo, un aspecto realmente problemático es una de las posibilidades que dejó la redacción de la norma: la aceptación de

19 Piénsese en aquellos eventos en los que el sujeto confiesa hechos o conductas con el fin de favorecer a otros o en aquellas situaciones que se confiesan conductas desprovistas de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. En un asunto reciente, un abogado confesó una supuesta conducta de injuria, la cual no podía tener esa condición porque su comportamiento, lejos de revestir la condición de *animus injuriandi*, tuvo la característica de *animus defendi*. En ese caso, pese a la confesión y al fallo sancionatorio de primera instancia, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial revocó la sentencia y absolvió al abogado. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 10 de agosto de 2022. MP. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo. Radicación N° 730011102000201701333 01.

20 Particularmente considero que la confesión e incluso la aceptación de cargos no hace nugatoria la posibilidad de impugnar una decisión de carácter sancionatorio. Una cosa es que el sancionado tenga pocas probabilidades de éxito al haber confesado o aceptado los cargos, pero otra es que procesalmente se bloquee el derecho fundamental a impugnar la decisión. Se tratará de un asunto de análisis probatorio, pero no de alguno que genere un impedimento de tipo procesal para presentar el recurso de apelación. Este asunto ha sido recientemente objeto de debates en la jurisdicción disciplinaria.

cargos desde la apertura de investigación, pues en esta etapa, de manera formal, no existen pliego de cargos. Por tanto, salvo mejor opinión y para que prevalezca el criterio de utilidad de la norma, aquí podrían caber las siguientes posibilidades:

- Que la iniciativa de aceptación de cargos provenga del disciplinado, en términos de anunciar su conformidad ante lo que previsiblemente va a imputar la autoridad disciplinaria. Esta situación tiene como característica la suficiente claridad frente a la conducta cometida.
- Que la autoridad disciplinaria le anticipe al disciplinado la eventual imputación fáctica y jurídica que procedería en determinado asunto. Esta situación tendría como características el momento procesal en que ello podría hacerse (piénsese en la diligencia de versión libre) y con la suficiente claridad de la conducta cometida.
- Que los hechos jurídicamente relevantes tengan tal determinación y precisión que no quepa la menor duda de que la falta disciplinaria eventualmente a imputar sea una sola. Ejemplo: «se investigan como hechos jurídicamente relevantes el homicidio de B, cuya muerte es atribuible a A». En ese caso, puede haber en la etapa de investigación una aceptación de cargos, sin que formalmente estos se hayan proferido.
- Que exista una oportunidad procesal en la que la autoridad disciplinaria y el disciplinado expresen lo que podría ser una eventual imputación de cargos y su correlativa aceptación. Esta situación se caracterizaría porque, pese a los varios elementos que comprometen la responsabilidad, no existe claridad sobre en cuál falta disciplinaria descansaría el reproche disciplinario.

3.3.2.2 PREGUNTA N° 2

Artículo 162 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 30 de la Ley 2094 de 2021	
2. Al momento de la confesión o de la aceptación de cargos se dejará la respectiva constancia. Corresponderá a la autoridad disciplinaria evaluar la manifestación y, en el término improrrogable de diez (10) días, elaborará un acta que contenga los términos de la confesión o de la aceptación de cargos, los hechos, su encuadramiento típico, su calificación y la forma de culpabilidad.	¿La elaboración del acta tiene una naturaleza predominantemente unilateral o es posible que en esa estructuración puedan participar los sujetos procesales?

Conforme al sentido literal y físico de la expresión contenida en la norma es apenas obvio que la elaboración del acta le corresponde a la autoridad disciplinaria. Sin embargo, no es ese el sentido al que se hace referencia en este apartado, sino a aquel al que se refiere a la estructuración de los contenidos de ese documento que equivale a un pliego de cargos en el cual podrían participar los sujetos procesales.

Esta variante —que seguramente causará alguna polémica— se explica en la posibilidad que contempló la norma de poder aceptar cargos en la etapa de la investigación disciplinaria; esto es, en aquella oportunidad en donde no existe todavía un pliego de cargos. El punto en cuestión es que el acta que menciona la norma debe contener los hechos, encuadramiento típico, la calificación y forma de culpabilidad y ello no será una tarea nada fácil cuando el disciplinado manifieste que desea «aceptar cargos».

Miremos con atención el siguiente cuadro. En la columna de la izquierda podrían reflejarse algunas situaciones sobre las que se

quiere confesar o aceptar cargos. Pese a ello, en la columna de la derecha se encuentran distintas alternativas, cada una de ellas con hechos, encuadramiento típico, calificación y forma de culpabilidad que pueden resultar totalmente diferentes:

Hechos disciplinariamente relevantes	Posible falta para poder decirse qué cargo es
Malos tratos del superior a sus inferiores	¿Irrespeto, acto de violencia o acoso laboral?
Solicitud indebida para un trámite	¿Extralimitación, prohibición o una concusión?
No poner a disposición determinadas evidencias físicas	Incumplimiento de manuales de funciones, incumplimiento de un deber o un prevaricato por omisión

Piénsese en que los disciplinados de tres actuaciones disciplinarias diferentes han manifestado su intención de «aceptar cargos» conforme a cada una de las situaciones contenidas en la columna de la izquierda. Ante ello, si usted fuera una autoridad disciplinaria, ¿se atrevería a elaborar la primera acta por la falta gravísima de acoso laboral, la segunda por una concusión y la tercera por un prevaricato por omisión? Si usted responde que sí y esas hipótesis se llegan a dar en la realidad, lo más seguro es que alguno de los sujetos procesales —probablemente los tres— no se muestre conforme con una imputación de esa naturaleza. Lo más previsible es que en los actos procesales siguientes se genere una tensión tan compleja que lo que empezó como una «aceptación de cargos» se termine convirtiendo en una situación procesal con un altísimo riesgo de irregularidad o, en el mejor de los casos, con un desgaste innecesario.

El análisis efectuado sobre las diferentes posibilidades que podrían darse con ocasión de la aceptación de cargos en la etapa de la investigación disciplinaria —esto es, sin que se haya proferido pliego de cargos— permite considerar la plausibilidad de lo siguiente:

- Es muy probable que en un caso como los que se han descrito se llegue a la conclusión de que en la elaboración del acta pueden participar los sujetos procesales. De esa manera, el acta podría contener las constancias referidas a la explicación, aceptación y, si se quiere, consenso de determinada imputación. Por ejemplo, en el caso N° 1, que el disciplinado manifestó su intención de aceptar cargos, en el entendido de que su comportamiento se encuadre en el incumplimiento de un deber de guardar respeto con sus compañeros de trabajo.
- De la misma manera, es apenas comprensible que en la actuación procesal se registre la intención de aceptar cargos y que la autoridad disciplinaria propicie determinados momentos procesales para saber si el investigado va a aceptar determinada imputación. No obstante, es posible que en algún momento el disciplinado no acepte o que la autoridad disciplinaria considere que las manifestaciones condicionadas del disciplinado no se pueden admitir. Por tanto, ¿una situación como esas podría considerarse irregular para pregonar la violación de los derechos fundamentales? Al respecto se considera que no, siempre y cuando no exista evidencia de abusos, condicionamientos indebidos o que se niegue la posibilidad a los sujetos procesales de contar con plazos o términos razonables para expresar la manifestación de una aceptación de cargos. Por ejemplo, no podría la autoridad disciplinaria decir que, como en un primer intento el disciplinado no aceptó los cargos en determinadas circunstancias, entonces que aquel perdió la oportunidad de acogerse a determinado beneficio.
- Una variante absolutamente interesante puede explicarse con el ejemplo N° 3. En efecto, piénsese en que el investigado manifieste su intención de aceptar cargos por no poner a disposición determinadas evidencias físicas. Para ello, no habría inconveniente de cara a la elaboración del acta por los hechos, el encuadramiento típico y la calificación de la falta. ¿Pero qué sucede si la autoridad disciplinaria piensa que esa conducta fue realizada con dolo, mientras que el

disciplinado esté pensando en aceptar cargos por una falta culposa, aspecto que no resulta nada menor? ¿En qué momento procesal es oportuno conocer tanto la posición de la autoridad disciplinaria como la del investigado? ¿Que el investigado manifieste que acepte cargos para que la autoridad disciplinaria proceda a elaborar el acta, pero con la sorpresa de que más adelante se exprese la no conformidad con la modalidad de la culpabilidad? ¿O aceptar que definitivamente, antes de la elaboración del acta, es necesario que tanto el disciplinado como la autoridad disciplinaria consientan en este aspecto tan crucial y determinante como lo es la modalidad de la culpabilidad?

Las anteriores situaciones son las que sustentan la posibilidad de que la elaboración «conceptual» del acta, cuando se manifieste la intención de aceptar cargos en la fase de la investigación, puede tener una naturaleza bilateral. Por tanto, será necesario habilitar en la actuación disciplinaria unos determinados momentos procesales para definir los elementos esenciales de dicha acta, esto es, los hechos, el encuadramiento típico, la calificación y la forma de culpabilidad en donde por las particularidades del caso será necesario contar con el consenso entre la autoridad y los sujetos procesales.

3.3.2.3 PREGUNTA N° 3

Artículo 162 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 30 de la Ley 2094 de 2021	
Si la aceptación de cargos o la confesión se producen en la fase de juzgamiento, se dejará la respectiva constancia y se proferirá la decisión dentro de los quince (15) días siguientes. La aceptación de cargos o la confesión en esta etapa procede hasta antes de la ejecutoria del auto que concede el traslado para alegar de conclusión.	¿En la fase del juzgamiento es útil y procedente distinguir la confesión de la aceptación de cargos?

La respuesta a este interrogante contundentemente es afirmativa. De hecho, no solo es válida la distinción en la etapa del juzgamiento, sino en cualquier etapa de la actuación disciplinaria. Veamos.

Como se anunció al comienzo del presente escrito, la gran diferencia entre los beneficios relativos a la confesión y la aceptación de cargos es su naturaleza. La confesión es un medio de prueba, lo cual simplifica, abrevia o facilita el camino intrincado para llegar a la verdad de algo. Por su parte, la aceptación de cargos tiene un rasgo predominantemente procesal, situación que significa el estar de acuerdo con la forma en que la autoridad disciplinaria efectuó determinada imputación fáctica o jurídica.

En la hipótesis de la confesión, el investigado puede libre y espontáneamente reconocer que golpeó a un compañero, que suscribió un contrato, que no actualizó el domicilio profesional, que no envió los documentos, que hizo una solicitud indebida, que llegó tarde a su sitio de trabajo, que estuvo presente en determinada reunión, etcétera. En esas situaciones, se dirá que existe confesión, pero lejos de suponer que ello equivalga a aceptar la responsabilidad disciplinaria. ¿Por qué? Porque si bien en la mayoría de los casos la confesión de determinada conducta puede coincidir con haber confesado un comportamiento que haya resultado típico, sustancialmente ilícito y culpable, en otros casos esa conducta confesada no podrá tener la condición de típica: o siendo típica, no resultará sustancialmente ilícita o antijurídica; o siendo típica y sustancialmente ilícita o antijurídica, no necesariamente será culpable.

Ejemplos de lo anterior son los siguientes: en primer orden, piénsese en aquel que confiesa haber injuriado a alguien, pero que se demuestre que su ánimo no fue injuriar sino defenderse²¹; en segundo orden, en aquel abogado que confiesa el no haber actualizado su domicilio profesional, pero en cuyo caso se demuestra que no significó una

21 Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 10 de agosto de 2022. MP. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo. Radicación N° 730011102000201701333 01.

conducta típica que haya desconocido de forma relevante su deber profesional²²; y, en tercer orden, piénsese en aquel que confiesa en no haber ido a su lugar de trabajo, pero que lo hizo por razones que le resultaron insuperables. Es más, piénsese en aquel sujeto que confiesa el haber extraviado un expediente por fuera del lugar de las instalaciones y que admita su descuido o su negligencia; pese a ello, en el trámite del recurso de apelación de la decisión sancionatoria se descubre que el expediente jamás salió de la Secretaría del despacho y que sus manifestaciones en la confesión tuvieron como finalidad poner a salvo la responsabilidad de otro. Por estas y otras razones similares, la confesión jamás puede equipararse a la responsabilidad disciplinaria. La primera es un medio de prueba; la segunda es un estado de cognoscibilidad en grado de certeza en cabeza de la autoridad disciplinaria para poder imponer un correctivo disciplinario.

En cambio, en la variante de la aceptación de cargos, el sujeto estará de acuerdo con la forma en que la autoridad disciplinaria efectuó determinada imputación fáctica o jurídica, sin que necesariamente esta sea correcta o que incluso no esté conforme a la realidad probatoria. Ejemplo de ello es que, pese a la aceptación de cargos, la autoridad disciplinaria en teoría puede absolver si encuentra las pruebas que así lo permitan. Igualmente, si se da la aceptación de cargos y consecuentemente un fallo sancionatorio, el disciplinado eventualmente puede apelar y la segunda instancia no tendría ningún obstáculo de tipo procesal para analizar las razones de dicha impugnación. Si la confesión facilita las cosas desde el punto de vista probatorio, en la aceptación de cargos se dirá que esta figura

22 Al respecto, véase la sentencia del 11 de agosto de 2021 de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Radicación N° 17001110200020160057301. MP. Carlos Arturo Ramírez Vásquez. En esta sentencia, se adujo que el disciplinado debía ser considerado responsable por la falta de no actualizar el domicilio profesional. Pese a ello, revítese el salvamento de voto del magistrado Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo, en la que se exponen las razones por las cuales en dicho caso la conducta típica que fue confesada no resultaba antijurídica. En dicho asunto, mientras la mayoría de la corporación resolvió el recurso de apelación con base en cuestiones solamente procesales, en el salvamento se hizo alusión a los aspectos relacionados con la falta y demás elementos de la responsabilidad disciplinaria.

lo hace desde el punto de vista procesal. En este segundo caso, se procederá a dictar fallo e incluso la misma norma —con mucha razón— permite la presentación de alegatos de conclusión sin ninguna restricción para los sujetos procesales.

Sobre el tema en comento, no compartimos el criterio de que la confesión o la aceptación de cargos puede restar o invalidar el supuesto interés o la legitimidad para apelar. Ni siquiera que se diga, de forma parcial, que el interés solo está dado para atacar aspectos relacionados con la proporcionalidad de la sanción u otras situaciones que no tengan que ver con el cargo. Si ello fuera así, el derecho constitucional y convencional a la defensa se vería seriamente afectado y en varias ocasiones se privilegiaría la forma sobre el derecho sustancial. En la praxis, por supuesto que una confesión o aceptación de cargos en la mayoría de los casos terminará en una decisión sancionatoria que difícilmente se pueda revocar. Empero, si los sujetos deciden apelar con determinados argumentos, estos se tendrán que resolver de fondo e incluso poner de presente que se confesó o que se aceptó el pliego de cargos, situaciones que servirán para sustentar el fondo de la decisión, pero no para pregonar una cierta perención, falta de legitimidad o carencia de interés que no son acordes a un proceso de tipo sancionatorio.

3.3.2.4 Pregunta N° 4

Artículo 162 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 30 de la Ley 2094 de 2021	
En el evento en que la confesión o aceptación de cargos sea parcial , se procederá a la ruptura de la unidad procesal en los términos de esta ley.	¿Cómo debe entenderse la aceptación de cargos de forma parcial y qué incidencia tiene ello?

La confesión o aceptación de cargos puede ser parcial de varias maneras. Por ejemplo, que se acepte la confesión de una determinada conducta, pero sin que necesariamente se acepte que sea una u

otra falta disciplinaria. Igualmente, que se esté de acuerdo con un comportamiento típico, pero mediando una causal de justificación. De la misma manera, vimos cómo puede haber una aceptación de cargos, pero sin que se esté de acuerdo con la modalidad de la culpabilidad. Todas estas situaciones pueden dar lugar a confesiones o aceptaciones de cargo de forma parcial.

Sin embargo, una confesión o aceptación de cargos de forma parcial que dé lugar a la ruptura de la unidad procesal solo puede tener cabida en aquellos casos en que se confiesen dos o más conductas o que se acepten cargos por una pluralidad de faltas. En efecto, solo así tendría sentido la figura de la ruptura de la unidad procesal, la cual, según el literal d) del artículo 214 de la Ley 1952 de 2019, señala lo siguiente:



ARTÍCULO 214. RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL.
Procederá en los siguientes casos:

{...}

e) Cuando en la etapa de juzgamiento se verifique la confesión de una de las faltas o de uno de los disciplinados, evento en el cual se continuará el juzgamiento por las demás faltas o disciplinados en actuación separada



Se trata de aquellos eventos en donde el investigado decide confesar o aceptar cargos respecto de la conducta A, pero no así de la conducta B, C o D. Ello permitirá el adelantamiento de dos actuaciones diferentes: la primera, con un trámite más abreviado y de menor actividad probatoria y con una altísima posibilidad de que se materialicen los beneficios de acogerse a dichas figuras; la segunda, la cual tendrá un trámite normal tanto desde el punto de vista procesal como probatorio.

En los anteriores cuatro interrogantes están, salvo mejor opinión, los temas más novedosos y al mismo tiempo los más complejos relacionados con los beneficios de la confesión o la aceptación de cargos. No hay duda de los buenos propósitos que tuvo el legislador sobre este importante tema, lo que no excluye algunas dificultades que se presentarán en el futuro y la correlativa obligación de las autoridades disciplinarias para resolverlos conforme a la estricta observancia del debido proceso y del derecho de defensa.

3.4 EN LA ETAPA DEL JUICIO DISCIPLINARIO

Las modificaciones más significativas en el trámite del proceso disciplinario se deben principalmente a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego vs Colombia. Estas son la separación de las funciones de investigación y juzgamiento y la doble conformidad. Pero, además, por cuenta de la primera novedad, la nueva legislación debió hacer varios ajustes para que la actuación disciplinaria se surta de forma razonablemente acorde a la nueva estructura. En los siguientes numerales efectuemos algunas reflexiones de cada uno de dichos ajustes.

3.4.1 SEPARACIÓN DE FUNCIONES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO

La separación de las funciones de investigación y juzgamiento para todos los procesos disciplinarios representa un significativo avance con el fin de salvaguardar el valor de la imparcialidad del juez para resolver un determinado asunto. Sobre tal aspecto, aquellos que critican la competencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de elección popular podrían decir que la referida separación de funciones no es útil porque aquella se da entre funcionarios que pertenecen al mismo organismo de control.

Sin embargo, la anterior apreciación no resulta exacta, pues, aun cuando no se habían separado las funciones, la Procuraduría

emitía un considerable número de fallos absolutorios. Es obvio, entonces, que para llegar al fallo absoluto, necesariamente debió haber precedido un pliego de cargos, en muchas ocasiones expedido por la misma autoridad que absolvió de responsabilidad a los investigados.

Pero, además, la realidad demuestra que no es igual el que un mismo funcionario formule un pliego de cargos y emita la decisión que resuelva el fondo del asunto, a que dos procuradores o dos dependencias distintas cumplan dichas actividades diferentes en el proceso, así estos pertenezcan a la misma institución. Situaciones como estas pueden corroborarse en los distintos fallos registrados en la relatoría de la entidad. Uno de ellos fue el que sucedió con el entonces gobernador de Arauca, sujeto procesal contra el cual se profirió pliego de cargos por considerarse —con una altísima probabilidad— que su conducta había sido de indebida participación en política. Pese a ello, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación —la que de forma separada conoció solo del juzgamiento— consideró en su momento que existían dudas acerca de todos los elementos para considerar que la actividad en la que había participado el funcionario investigado y demás servidores públicos era una actividad proselitista²³. Si se revisa con atención dicha providencia, fácil será concluir que, si no se hubiesen separado las funciones entre dos dependencias diferentes, había una altísima probabilidad de que el fallo hubiese podido ser sancionatorio²⁴.

No obstante, el problema que se suscita por este aspecto no es por la idea de la separación de las funciones —que en estricto sentido no resulta para nada novedoso, como se puede ver a través del ejemplo propuesto—, sino por su materialización, pues es evidente el alto costo que esto implica. En efecto, dicho problema no solo se da en

23 Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. Fallo de primera instancia del 2 de febrero de 2015. Radicado IUS 2014-155228. IUC D 2014 – 654 – 688084. Disciplinado José Facundo Castillo Cisneros.

24 En un caso como el referido es muy difícil afirmar, en un pliego, que sí hubo una actividad proselitista y que al mismo tiempo en el fallo dicha apreciación se ponga en duda. Este tipo de análisis suelen ser más acordes cuando existe la separación de funciones de investigación y juzgamiento.

la Procuraduría General de la Nación, sino en las distintas entidades en donde se han tenido que proponer distintas fórmulas para poder separar las funciones de investigación y juzgamiento²⁵.

3.4.2 DOBLE CONFORMIDAD

La doble conformidad es una garantía que fue incorporada al concepto del debido proceso disciplinario²⁶. A partir de dicho fundamento, esta garantía se verá reflejada en las siguientes instancias y momentos procesales:

Fundamento normativo	Instancia o etapa procesal
Artículo 93 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 14 de la Ley 2094 de 2021.	Doble conformidad para los procesos que se adelanten en las OCID: siempre estará a cargo de la Procuraduría General de la Nación.
Artículo 100 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 15 de la Ley 2094 de 2021.	Doble conformidad para el proceso que se adelante contra el procurador general de la Nación. Para tal efecto, se deberá hacer el respectivo sorteo en la Corte Suprema de Justicia o en el Consejo de Estado, según corresponda, para que magistrados distintos resuelvan el asunto en esta etapa.

25 En unas entidades, la tradicional OCID es la que quedó con la función de investigar y acusar. Ahí la dificultad radica en la legitimidad sobre aquella otra dependencia que deberá emitir el fallo de primera instancia. En otras, se ha optado porque la OCID sea la que pronuncie el fallo. Pero ¿quién entonces debe adelantar la actuación hasta el pliego de cargos, que como se sabe es la decisión más compleja en el marco de la actuación disciplinaria?

26 Artículo 12 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 3 de la Ley 2094 de 2021. Al respecto, se considera que la expresión «por el Procurador General de la Nación» contenida en esta norma sobra, porque esta garantía se debe aplicar para cualquier proceso disciplinario, indistintamente si el primer fallo sancionatorio fue proferido por el Procurador General de la Nación.

Artículo 101 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 16 de la Ley 2094 de 2021.	Doble conformidad a cargo de las Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación.
Artículo 102 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 18 de la Ley 2094 de 2021.	Doble conformidad a cargo del Procurador General de la Nación, respecto de las decisiones sancionatorias de las Salas Disciplinarias.
Artículo 235 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 52 de la Ley 2094 de 2021.	Posibilidad de decretar y practicar pruebas de oficio en un trámite de doble conformidad.
Artículo 238B de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 55 de la Ley 2094 de 2021.	Procedencia del recurso extraordinario de revisión contra las decisiones de doble conformidad dictadas por el Procurador General de la Nación, las Salas de Juzgamiento y los Procuradores Delegados.

En algunos textos, en principio y con algo de razón, se señala que no «existe claridad en la forma de garantizar el derecho de doble conformidad, entendido ajuste que en caso de disparidad de fallos en la primera y segunda instancia, en caso de sentencia condenatoria y absolutoria, debe ser revisada la decisión por un tercer juez»²⁷.

Sin embargo, al tratarse de una garantía para el disciplinado, se considera que la doble conformidad únicamente puede operar cuando en primera instancia se expide un fallo absolutorio y producto del recurso de apelación se revoca dicha decisión y se profiere un fallo

27 Janeth González Romero Silvia & Yaned Ibarra Castillo. EL DESAFÍO QUE ENFRENTAN LAS ENTIDADES ESTATALES COMO LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO FRENTE AL NUEVO CONTEXTO NORMATIVO DISCIPLINARIO COLOMBIANO A RAÍZ DEL FALLO PETRO URREGO VS. COLOMBIA. En DEBATES FUNDAMENTALES SOBRE DERECHO DISCIPLINARIO. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, John Harvey Pinzón Navarrete y David Roa Salguero. Tomo 5. Ediciones Nueva Jurídica. 2022. Pendiente por publicar.

sancionatorio. En ese momento procesal es necesario que se active el trámite de la doble conformidad para saber si ese único fallo sancionatorio se va a confirmar o no. Esta es la doble conformidad en estricto sentido. Empero, no sería lógico que la doble conformidad se active como la posibilidad de un tercer juicio en todos los casos, a partir de un fallo de primera instancia sancionatorio y uno segundo de índole absolutorio. En este escenario, habría cosa juzgada, en atención a lo señalado en el artículo 16 de la Ley 1952 de 2019, pues, entre otras cosas, el quejoso o cualquier otro interesado ya no tendría la posibilidad de presentar más acciones o recursos en contra de un fallo absolutorio de segunda instancia.

3.4.3 FIJACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN LA ETAPA DE JUICIO DISCIPLINARIO

La forma escritural o la forma verbal para adelantar un juicio disciplinario ha significado una interesante e interminable discusión. Hay quienes dicen que el procedimiento verbal es mucho más expedito y en verdad sí que lo es, pero para determinados casos. En algunas oportunidades, desde la instalación de la audiencia hasta el fallo ejecutoriado, puede haber transcurrido un tiempo menor a las dos horas²⁸. Empero, la praxis disciplinaria, como la que ocurrió con algunos procesos relacionados con el carrusel de la contratación, demostró que algunos procedimientos verbales podrían demorarse más de un año, con un número interminable de sesiones, en donde fácilmente el principio de oralidad terminaba confundiéndose con la necesaria, pero aburridora, práctica de la «lecturalidad».

Otros, por el contrario —con impecable razón—, han llevado al debate, no a si determinado procedimiento es más rápido o no, sino cuál de los dos representa una justicia de calidad. En un proceso escritural se aduce que en algunas oportunidades el que termina juzgando

28 Existen varios ejemplos de ello, en casos en donde no existe una marcada complejidad de orden fáctico y probatorio y en donde además la imputación ha sido formulada de forma clara y contundente.

es el sustanciador del proceso y no propiamente el juez disciplinario. Además, se expone que pronunciar un fallo delante del investigado en una audiencia es mucho mejor, pues desde un «escritorio» se puede perder el sentido de lo «verdaderamente justo». Pero, también, que en un procedimiento oral se pueden cometer más errores, y más cuando en el proceso existen un considerable número de sujetos procesales o faltas disciplinarias cometidas. Piénsese, por ejemplo, en los casos relacionados con los derechos humanos o en aquellos asuntos intrincados propios de la contratación estatal.

En medio de estas disputas, lo cierto es que desde la Ley 200 de 1995, pasando por la Ley 734 de 2002, luego por la Ley 1474 de 2011 y hasta la Ley 1952 de 2019, la tendencia fue aumentar las causales para adelantar el proceso disciplinario bajo la modalidad del procedimiento verbal. De hecho, la máxima posibilidad de acudir a la oralidad se dio con esta última ley, pues todo proceso, a partir del pliego de cargos, debería tramitarse bajo la figura del siempre conocido procedimiento verbal.

Pese a las bondades de la oralidad, algunos siempre tuvimos una comprensible prevención para que dicho principio se aplicara a la totalidad de las actuaciones disciplinarias²⁹. En verdad, no resultaba nada fácil tramitar el 100% de procesos disciplinarios bajo la forma de la oralidad. Por ello, el artículo 40 de la Ley 2094 de 2021 mo-

29 «Ahora bien, no voy a negar que en el seno de la Comisión mi visión era **más prevenida para que todo se adelantara por el proceso verbal**. En realidad, siempre he pensado que pobre de aquel que no tenga una mínima experiencia en el manejo de las audiencias y que no guste de la oralidad. Pero, **una vez derrotada mi posición**, también entendía que el gran problema está en el nombramiento de quienes ejercen la función disciplinaria. Es una lástima que no siempre se miren a aquellos que tienen la debida experiencia o que en esta época es especialista o magíster en derecho disciplinario. Infortunadamente, todavía existen otros factores que inciden para terminar escogiendo a quienes no están debidamente preparados». (Negrillas fuera de texto). John Harvey Pinzón Navarrete. CRÓNICA DEL DIÁLOGO N.º 10: CRÍTICA Y DEFENSA AL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO. DIÁLOGOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO (AÑO 2020) En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.

dificó el artículo 225A de la Ley 1952 de 2019, con el objetivo de volver al modelo de aplicar el procedimiento verbal cuando medien determinadas causales. La norma en comento señaló lo siguiente:



ARTÍCULO 225A. FIJACIÓN DEL JUZGAMIENTO A SEGUIR. <Artículo adicionado por el artículo 40 de la Ley 2094 de 2021. El nuevo texto es el siguiente> Recibido el expediente por el funcionario a quien corresponda el juzgamiento, por auto de sustanciación motivado, **decidirá, de conformidad con los requisitos establecidos en este artículo, si el juzgamiento se adelanta por el juicio ordinario o por el verbal.** Contra esta decisión no procede recurso alguno.

El juicio verbal se adelantará cuando 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.

También se seguirá este juicio por las **faltas leves**, así como por las **gravísimas contempladas en los artículos 54, numerales 4 y 5; 55, numerales 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 10; 56, numerales 1, 2, 3, 5; 57, numerales 1, 2, 3, 5 y 11; 58, 60, 61 y 62, numeral 6.**

PARÁGRAFO. En cualquiera de los eventos anteriores, el funcionario adelantará el proceso verbal, **salvo que, por la complejidad del asunto, el número de disciplinables, el número de cargos formulados en el pliego o la carencia de recursos humanos, físicos o dotacionales de la dependencia que debe cumplir la función de juzgamiento, dificulte el logro de los principios de celeridad, eficacia y economía procesal en el desarrollo de la actuación disciplinaria.** En estos casos, el funcionario deberá motivar su decisión (Negritas fuera del texto).



Los tres primeros incisos recogen la técnica que fue concebida en la Ley 734 de 2002, pero con la diferencia de excluir de las causales para la aplicación del procedimiento verbal la figura de la confesión. Esto tiene sentido porque la Ley 2094 de 2021 reguló un trámite mucho más célere para que el investigado pueda acceder a los beneficios, cuya característica principal es precisamente —por no decir paradójicamente— la forma escritural. Recuérdese que una vez se confiesa en la etapa de investigación disciplinaria —esto es, antes del pliego de cargos, en cuyo momento debe decidirse si el juicio se adelanta por el procedimiento ordinario o el procedimiento verbal—, la autoridad disciplinaria procederá a elaborar un acta que contenga los términos de la confesión, los hechos, su encuadramiento típico, la calificación y la forma de culpabilidad. Esa acta equivale al pliego de cargos, la cual debe ser remitida —junto con el expediente— al funcionario de conocimiento para que en los cuarenta y cinco (45) días siguientes se profiera el respectivo fallo³⁰.

De esa manera, la aplicación del procedimiento verbal únicamente procederá en el caso de la flagrancia³¹, las faltas leves³² y algunas faltas gravísimas³³. En consecuencia, la nueva disposición mantiene la finalidad con la que fueron creadas las normas que regulan el procedimiento verbal: obtener los máximos resultados con un mínimo

30 Artículo 162 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 30 de la Ley 2094 de 2021.

31 El inciso segundo del artículo 225 A de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 40 de la Ley 2094 de 2021, admite únicamente dos modalidades de la flagrancia: la flagrancia en estricto sentido (cuando se sorprende al sujeto en la comisión de la falta) y la flagrancia inferida (cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas que tengan relación con la respectiva falta). La norma no contempló la cuasi flagrancia, modalidad que en el derecho penal consiste en individualizarse al sujeto en el momento de la comisión del delito y ser aprehendido de forma posterior por una persecución o voces de auxilio. En tal modo, en principio esta modalidad no operaría en derecho disciplinario.

32 Análisis que debe efectuarse conforme a los criterios señalados en el artículo 47 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 8 de la Ley 2094 de 2021.

33 Las enunciadas en la respectiva norma y que tienen un elemento común denominador: no requieren de una actividad probatoria tan compleja como otros tipos de faltas.

de esfuerzo procesal. Se trata de abreviar los complejos trámites de la etapa de juzgamiento, sin perjuicio de respetar las garantías del debido proceso y el derecho de defensa.

Sin embargo, obsérvese cómo el párrafo de la norma en comento introdujo cuatro excepciones a la cláusula que habilita la aplicación del procedimiento verbal, las cuales están soportadas en un criterio de máxima prudencia por las dificultades que puede significar el trámite de un procedimiento verbal: (i) la complejidad del asunto; (ii) el número de disciplinables; (iii) el número de cargos formulados en el pliego o (iv) la carencia de recursos humanos, físicos o dotacionales de la dependencia que debe cumplir la función de juzgamiento.

Conforme al criterio de la libre configuración del legislador es posible que la Corte Constitucional, en una eventual demanda, considere la exequibilidad de la norma que incluyó esta clase de hipótesis. Al respecto, lo importante del asunto es que la autoridad siempre respete las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa, aspecto que tanto en el procedimiento ordinario como en el procedimiento verbal deben procurarse al máximo. Pese a ello, es posible que la situación en máximo riesgo de no poder superar el juicio constitucional sea la número cuatro, pues, en acuerdo con la doctrina especializada³⁴, la circunstancia relacionada con la carencia de recursos humanos, físicos o dotacionales podría considerarse un criterio discrecional desprovisto de la necesaria objetividad para adelantar la actuación disciplinaria en la etapa de juzgamiento.

3.4.4 LA VARIACIÓN DEL PLIEGO DE CARGOS:

LAS IMPLICACIONES PROCESALES COMO
CONSECUENCIA DE LA SEPARACIÓN DE LAS
FUNCIONES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO

La figura de la variación de pliego de cargos, sus causales y su finalidad no han sido objeto de modificación. Su esencia se man-

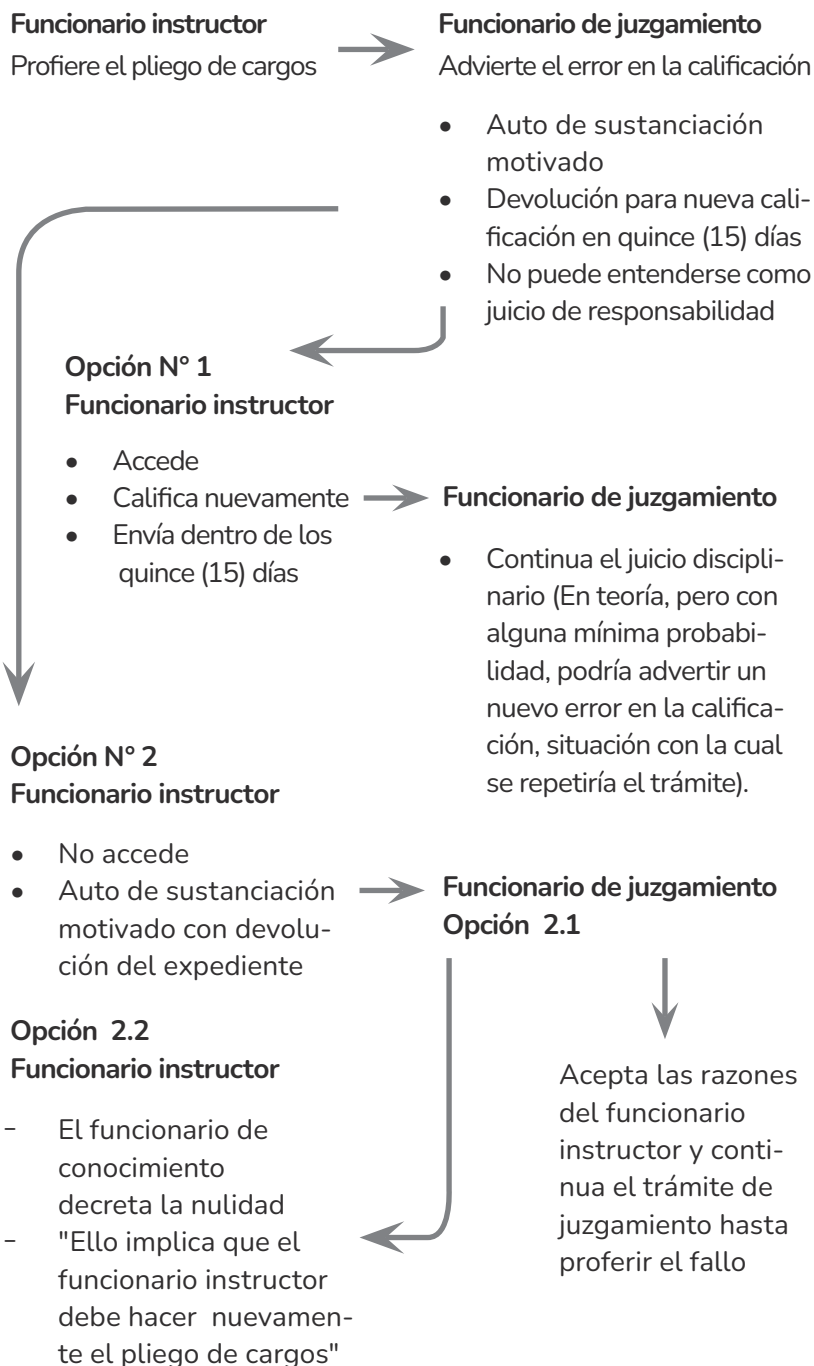
34 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. PROBLEMAS CRÍTICOS DE ACTUALIDAD DISCIPLINARIA Y DEFENSA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Ediciones Nueva Jurídica. 2022. p. 203.

tiene tal y como fue concebida en la Ley 734 de 2002. Sin embargo, las novedades por cuenta de la nueva ley tienen su origen en la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, pues puede suceder que el fallador considere que exista un error en la calificación. Mucho más complejo aun es la situación que consiste en la necesidad de hacer la variación de pliego de cargos por prueba sobreviniente, pues en dicho caso se pondría en duda la materialidad de la separación de las funciones de investigación y juzgamiento. Efectuemos algunas reflexiones de ambas posibilidades por separado.

3.4.4.1 VARIACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS POR ERROR EN LA CALIFICACIÓN

Un error en la calificación puede darse porque el funcionario consideró que la conducta se adecuaba a una determinada falta disciplinaria cuando en realidad era otra; igualmente, que la falta no era leve sino grave; así mismo, que la forma de culpabilidad no era culpa, sino dolo; en fin {...}. Todo este tipo de situaciones —antes de la separación de las funciones de investigación y juzgamiento— eran, procesalmente hablando, fácilmente superables, pues casi siempre se evidenciaban con posterioridad a la presentación de los descargos y bastaba entonces que el proceso entrara al despacho de la autoridad que había proferido el respectivo pliego de cargos y procediera a hacer la variación.

Con la nueva legislación, el asunto es diferente. En efecto, proferido el pliego de cargos, la autoridad que lo emitió habrá perdido la competencia y será el funcionario de juzgamiento que, conforme a su criterio o a lo expuesto por los sujetos procesales, deberá considerar que existe un error en la calificación. Por tanto, ¿cómo debe cumplirse este trámite? En el siguiente gráfico trataremos de ilustrar las distintas posibilidades:



Las distintas opciones muestran una marcada complejidad en dicho trámite y más cuando las diferencias de criterios entre el funcionario de juzgamiento con el funcionario de instrucción se acentúen. Considérese, por ejemplo, lo que pensaría un juez de lo contencioso administrativo si en un proceso se ordena hacer una variación del pliego de cargos, pero que el funcionario instructor nuevamente se equivoque o que no acceda a lo solicitado y que la autoridad que debe resolver el fondo del asunto termine ordenando la nulidad. Entre más existan errores, mayores serán las posibilidades para que se viole el principio de congruencia entre el pliego de cargos y el fallo, con lo cual no resultaría difícil demostrar un vicio insubsanable que amerite la declaratoria de la nulidad del respectivo acto. Pero, además, las dificultades pueden aparecer en la misma instancia del organismo de control o en las otras autoridades disciplinarias, pues un trámite tan complejo como este casi siempre se presenta cuando aparece el riesgo de la prescripción de la acción disciplinaria. Por tanto, lo ideal es que en la práctica la figura de la variación del pliego de cargos sea excepcional y estrictamente necesaria, pues ella puede poner en un alto riesgo la actuación.

3.4.4.2 VARIACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS POR PRUEBA SOBREVINIENTE

Un asunto diferente es cuando la variación del pliego de cargos no se soporta en un error en la calificación, sino en una prueba sobreviniente, esto es, cuando en la etapa del juicio aparece o ingresa un medio probatorio que hace necesario un cambio en la imputación fáctica o jurídica. Una situación como estas, desde el punto de vista estrictamente procesal, no implicará una mayor complejidad, pues la norma permite que sea el mismo funcionario de juzgamiento el que pueda efectuar la variación del pliego de cargos. Además, la norma de forma muy dicente pone de presente que ello no significa un juicio previo de responsabilidad³⁵.

35 Numeral 3 del artículo 229 de la Ley 1952 de 2019, modificada por el artículo 50 de la Ley 2094 de 2021.

De vital importancia resulta la claridad y la contundencia que contiene la regulación, pues, si se hubiese optado porque el funcionario instructor hiciera la variación del pliego de cargos, el trámite sería demasiado complejo. Por ejemplo, ello acarrearía que una autoridad disciplinaria efectuara una valoración probatoria sin haber participado en ella para proferir una decisión de pliego de cargos. Ello, salvo mejor opinión, desnaturalizaría el acto de imputación. Además, si de forma posterior el funcionario de juzgamiento considera que existe un error en la calificación, las posibilidades de que el proceso retorne al funcionario instructor crecerían de forma exponencial, pues nuevamente se repetiría el trámite reflejado con anterioridad tornándose la actuación en un trámite demasiado engorroso.

Sin embargo, una variación del pliego de cargos a cargo del funcionario de conocimiento por prueba sobreviniente abre nuevamente la discusión sobre si hubo una verdadera separación de las funciones de investigación y juzgamiento. Allí las posibilidades pueden ser varias:

- a. Si la prueba sobreviniente hace cambiar la forma de culpabilidad existirá una separación de funciones tanto material y formal respecto al núcleo de la imputación, aspecto ideal para estimar cumplido plenamente el subprincipio de que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento. Así las cosas, una variación en torno al aspecto subjetivo de la conducta no debería considerarse como el elemento esencial de la infracción del deber que amerite una valoración por autoridades diferentes en el acto de imputación y al momento de adoptarse el fallo.
- b. Si la prueba sobreviniente hace cambiar la imputación jurídica, pero no la imputación fáctica, existirá una separación de funciones de forma material, suficiente para estimar cumplido el subprincipio de que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento. Las valoraciones jurídi-

cas sobre la falta disciplinaria son relativas, permaneciendo incólume la imputación fáctica que hizo una autoridad diferente a la que debe emitir el fallo.

- c. Si la prueba sobreviniente hace cambiar tanto la imputación fáctica como la jurídica existen dos posibilidades:
 - i. Admitirse que no hubo separación de las funciones de forma material por la situación excepcional de la prueba sobreviniente, pero considerar que el trámite de la actuación es válido para privilegiar el valor de la seguridad jurídica³⁶. En dicho caso, existen razones especiales que no son atribuibles a la autoridad disciplinaria, lo que hace viable que se acepte que la variación del cargo y el fondo del asunto sean decididos por un mismo funcionario. En todo caso, no debe olvidarse que el acto disciplinario queda sometido a la segunda instancia y a los controles de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o al control excepcional jurisdiccional de la acción de tutela, según corresponda.
 - ii. Considerarse que en esta variante —la que hace necesario efectuar una imputación fáctica completamente nueva— lo mejor será declarar la nulidad para que, con base en la prueba sobreviniente, el funcionario de instrucción profiera el pliego de cargos. La razón sería que la prueba obtenida de forma sobreviniente puede dar lugar a una imputación

36 Conforme a la positividad, predictibilidad, y muy especialmente coherencia de las normas que pertenecen al sistema normativo. Véase, entre otros, KAUFMAN, ARTHUR. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. Al respecto, si la norma positiva admite que de forma excepcional el juez que debe resolver el fondo del asunto puede hacer la variación de pliego de cargos, una interpretación razonable es que no es dable predicar en ese caso una irregularidad que invalide la actuación disciplinaria.

fáctica totalmente diferente, situación que puede generar una irregularidad sustancial que afecta las garantías del debido proceso relacionada con la separación de las funciones. Esta segunda opción privilegiaría en extremo grado las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa, en desmedro del valor de la seguridad jurídica³⁷.

Nada fácil resultará entonces una variación de pliego de cargos por prueba sobreviniente, cuando esta haga imperioso efectuar un cambio total en la imputación fáctica que inicialmente fue formulada por una autoridad distinta. Salvo mejor opinión, nos inclinamos por la primera opción, por cuanto el disciplinado cuenta con otras garantías como la segunda instancia y los controles judiciales que de forma posterior proceden. Pese a ello, el transcurso del tiempo y las distintas autoridades judiciales de cierre darán la última palabra frente a una situación excepcional, pero altísimamente compleja, como la que se acaba de referir.

37 En este caso, el sistema superior trascendente —por encima del sistema normativo— en el que está el principio de la separación de funciones de investigación y juzgamiento negará el valor de la norma positiva que permite que una misma autoridad, por la vía de la variación de pliego de cargos, haga la nueva imputación y, al mismo tiempo, decida de fondo el asunto.

CONCLUSIONES

Como puede verse, la nueva ley disciplinaria trae unas significativas modificaciones de orden procesal que requerirán de un considerable esfuerzo de parte de todas las autoridades disciplinarias, pues aquellas están presentes en cada una de las etapas de la actuación disciplinaria. Ello es mucho más diciente porque incursionamos en una nueva fase del derecho disciplinario, la que ya no solo es constitucional —con las condiciones de autonomía e independencia como hasta hace poco se le conocía—, sino además con criterios de convencionalidad que, pese al haber estado siempre presentes de manera general, ahora se introdujeron de forma profunda y vertiginosa en la nueva estructura del proceso disciplinario con la separación de las funciones de investigación y juzgamiento.

En el presente escrito no se abordaron algunos otros aspectos como las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Procuraduría General de la Nación, el recurso extraordinario de revisión, la competencia para investigar a ciertos servidores públicos, la doble instancia para aforados, el régimen probatorio e, incluso, algunos otros temas procesales que en específico ameritarán un estudio detallado y, por supuesto, de otra visión complementaria y crítica a algunas de las ideas que aquí se han expuesto. No sobra anotar que el objetivo de este corto ensayo siempre estuvo delimitado a repasar las principales modificaciones de orden procesal, para que usted, amable lector, tenga una visión general y se anime a estudiar de forma más profunda cada uno de los temas propuestos, de los cuales día a día irán apareciendo distintos interrogantes que, de primera mano, no serán de fácil solución.

En el entretanto, lo que sí se puede afirmar de forma categórica es que la nueva estructura del proceso disciplinario requiere de un cambio de mentalidad y actitud en cada uno de quienes ejercen la acción disciplinaria. La nueva dinámica del proceso disciplinario hace de forma inevitable que se imponga el esfuerzo, la dedicación y el

rigor, porque lo que antes se resolvía a partir de un pliego de cargos formulado por el mismo funcionario ahora lo hará un servidor público diferente. En ese momento, un colega nuestro —quien también conoce los avatares y las dificultades en esta materia— estará listo y firmemente decidido a exponerle a otra dependencia que quizás la actuación disciplinaria no se encuentra conforme a derecho, por lo cual será necesario adoptar las medidas procesales que sean del caso. Súmese a ello que también muy seguramente expondrá que existen errores acerca de los aspectos sustanciales relacionadas con la falta disciplinaria y su culpabilidad, escenario bastante riesgoso si la tarea no se ha cumplido de manera mínimamente satisfactoria.

¿Lo anterior supone entonces que nos quedemos en la simple crítica en cuanto a que la nueva ley disciplinaria no resolvió todos los problemas propios de la actuación disciplinaria? ¿Es necesaria una reforma adicional? ¿Los problemas que pueden presentarse en el desarrollo de un proceso disciplinario dependen siempre de los ajustes que pueda hacer el legislador? Para dar una pista a las posibilidades de respuesta a estos y otros interrogantes, me parece provechoso recomendar la lectura de un extraordinario libro que alguna vez me referenció mi gran maestro Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

La obra lleva por título *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, de autoría de Bernard Schwartz, publicado en el año de 1979. En este maravilloso texto —prologado por el otro gran maestro Eduardo García de Enterría— se podrán encontrar las razones por las cuales al autor se le ocurrió hacer un reconocimiento, en una lista muy cerrada —*top ten*—, a aquellos juristas que pasaron de forma excelsa en la historia de la judicatura norteamericana, entre ellos los jueces Marshall, Holmes o Warren, entre algunos otros. Pues bien, en ese destacadísimo grupo, está el juez Benjamin Nathan Cardozo, quien fue considerado un «maestro en la utilización de los principios, ideales y técnicas del Derecho angloamericano»³⁸. Al respecto,

38 Bernard Schwartz. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Editorial Civitas S. A. España. 1979. p.63

«como dijo Pound en cierta ocasión, “conoció los instrumentos de trabajo y cómo usarlos”, mejor que ningún otro juez»³⁹.

Catalogado como un «consumado artesano del Derecho»⁴⁰, Benjamin Nathan Cardozo tenía la concepción de que el proceso judicial era de «creación y no de descubrimiento, debiéndose intentar reconciliar lo irreconciliable, explicar la antítesis, lograr la síntesis entre las proporciones contrarias, tratar de resolver, en definitiva, los problemas fundamentales del derecho»⁴¹. ¡Qué lecciones tan grandes, para el derecho disciplinario, nos puede dejar este juez norteamericano! Las normas procesales disciplinarias, lejos de depender siempre del descubrimiento de lo que se haya dicho en la Ley 1952 de 2019, en la Ley 2094 de 2021 o de cualquier otra legislación, deben ser creadas y esencialmente desarrolladas por cada una de las autoridades disciplinarias. En consecuencia, la invitación es a que trabajemos juntos en ese noble propósito y quizá con ello podremos aspirar algún día a estar en un selecto grupo de los mejores jueces disciplinarios de nuestra historia colombiana.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*, p. 69.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVIDAD

Convención Americana de Derechos Humanos

Constitución Política de Colombia

Ley 200 de 1995

Ley 734 de 2002

Ley 1474 de 2011

Ley 1952 de 2019

Ley 1955 de 2019

Ley 2094 de 2021

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C-107 de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2010. MP. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2016. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-704 de 2017. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional en la sentencia C-427 de 2020, MP. Alejandro Linares Cantillo.

Consejo de Estado. Sentencia del 16 de julio de 2020. Sección Segunda. C.P. William Hernández Gómez. Referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. Radicación: 68001-23-33-000-2014-00744-01 (3357-2016). Demandante: Anderson Moreno Giraldo. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 11 de agosto de 2021. MP. Carlos Arturo Ramírez Vásquez. Radicación N° 17001110200020160057301.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Auto del 25 de mayo de 2022. MP. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo Radicación N° 440011102000 202000124 01.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Sentencia del 10 de agosto de 2022. MP. Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo. Radicación N° 730011102000201701333 01.

Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. Fallo de primera instancia del 2 de febrero de 2015. Radicado IUS 2014-155228. IUC D 2014 – 654 – 688084. Disciplinado José Facundo Castillo Cisneros.

DOCTRINA

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Módulo de aprendizaje auto-dirigido Plan de Formación de La Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. 2015.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. PROBLEMAS CRÍTICOS DE ACTUALIDAD DISCIPLINARIA Y DEFENSA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Ediciones Nueva Jurídica. 2022.

GONZÁLEZ ROMERO SILVIA, Janeth & IBARRA CASTILLO, Yaned. EL DESAFÍO QUE ENFRENTAN LAS ENTIDADES ESTATALES COMO LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

FRENTE AL NUEVO CONTEXTO NORMATIVO DISCIPLINARIO COLOMBIANO A RAÍZ DEL FALLO PETRO URREGO VS. COLOMBIA. En DEBATES FUNDAMENTALES SOBRE DERECHO DISCIPLINARIO. Coeditores Carlos Arturo Gómez Pavajeau, John Harvey Pinzón Navarrete y David Roa Salguero. Tomo 5. Ediciones Nueva Jurídica. 2022. Pendiente por publicar.

KAUFMAN, ARTHUR. Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006.

PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. Reconfiguración del Derecho Procesal Disciplinario para el procesamiento y sanción de quienes desempeñan cargos públicos y/o funciones públicas. En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo IV. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2022

PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. CRÓNICA DEL DIÁLOGO n.º 10: CRÍTICA Y DEFENSA AL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO. DIÁLOGOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO (AÑO 2020) En Debates Fundamentales Sobre Derecho Disciplinario. Tomo I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020.

SCHWARTZ, Bernard. Los diez mejores jueces de la historia norteamericana. Editorial Civitas S. A. España. 1979.

LA INDAGACIÓN PREVIA EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN

PROCURADOR DELEGADO-PRESIDENTE SALA
DISCIPLINARIA DE INSTRUCCIÓN

RESUMEN:

Se analizan las características de la indagación previa en el Código General Disciplinario: su diferencia con la anterior indagación preliminar, su discusión en el Congreso de la República, su procedencia y formas de terminación, destacando los problemas prácticos que se pueden presentar.

PALABRAS CLAVE:

Derecho disciplinario, Indagación preliminar, Indagación previa, Investigación disciplinaria, Proceso disciplinario.

ABSTRACT:

This article analyses the general characteristics of the amends made in the new General Disciplinary Code, promoted by the Inspector Attorney General's Office, specifically examining the "preliminary inquiry", and its main differences with the legislation updates, the discussion that took place in Congress, its origin, and anticipated termination, when it may apply; the paper highlights the practical and empirical problems that may arise with the preliminary inquiry.

KEYWORDS:

Disciplinary law, Preliminary Inquiry, Disciplinary investigation, disciplinary process.

INTRODUCCIÓN

El proceso disciplinario, tanto en el anterior Código Único Disciplinario (CDU) como en Código General Disciplinario (CGD), cuenta con dos fases: Investigación y Juzgamiento. Igualmente, en las dos codificaciones se puede adelantar una etapa contingente: la indagación preliminar, en el lenguaje del aquel, e investigación previa, en términos del estatuto actual. Esta similitud en la reglamentación de las fases procesales genera una inquietud de entrada: ¿la actual indagación previa es idéntica a la antigua indagación preliminar?, ¿obedece el cambio normativo a un aspecto simplemente nominal? o, por el contrario, ¿existen divergencias sustanciales en esta fase eventual del proceso disciplinario?

Ciertamente, el repaso por los preceptos normativos que reglamentan la actual indagación previa, su confrontación con la anterior codificación, así como el seguimiento al proceso legislativo que dio lugar al actual código, constituyen el método idóneo para plantear una tesis que permita resolver los interrogantes planteados.

1. LA INDAGACIÓN PRELIMINAR EN EL CDU

El artículo 150 del CDU preceptuaba que ante la existencia de *“duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria”* debía entonces ordenarse la indagación preliminar. En ese orden de ideas, para el cabal entendimiento de la norma, era necesario acudir al precepto que fijaba los presupuestos exigidos para iniciar con la etapa de investigación: el artículo 152. En esta disposición se fijaba, como único condicionamiento para obrar de ese modo, el que, *“con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria”*.

Así, bien puede entonces inferirse que, *ad litteram*, el marco normativo del CDU refería como supuesto de apertura de la indagación preliminar la existencia de duda sobre el posible autor de la falta. Dicha conclusión se reforzaba cuando se repasaba el conte-

nido del artículo 154 que reglaba el contenido del auto de apertura de investigación, pues en dicha providencia resultaba indispensable plasmar la *“identidad del posible autor o autores”*, pero no contenía referencia alguna que sugiriese la existencia de otra condición para proceder a la adopción de esa decisión.

La interpretación sugerida, no obstante, no imperó en la praxis. Para nadie es un secreto que la fase de indagación preliminar, por regla general, se adelantaba aun cuando se contara con una identificación del posible autor o autores de la falta disciplinaria. El fundamento de esa práctica se encontraba básicamente en el mismo artículo 150 del CDU, tal y como se acredita a continuación.

Si se repasa el texto de la disposición citada, se encuentra que en el inciso tercero se hacía expreso aquello que, por vía de remisión, se había colegido con el tenor literal del primer apartado de la norma: si hay duda sobre la identidad o identificación del posible autor se debe abrir indagación. Empero, en el siguiente párrafo se preceptuaba que *“(e)n los demás casos la indagación preliminar” (resaltado extraliterem)*, lo que claramente permite aseverar que la duda sobre la identidad tan solo constituía un supuesto para abrir la indagación, pero claramente no era la única hipótesis para obrar de tal modo.

De otra parte, cuando se definen los fines de la indagación preliminar, se observa que estos no se limitaban a dar con la identidad o identificación del posible autor, sino que también se extendía a *“verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad”*, esto es, la totalidad de los aspectos esenciales del proceso disciplinario. Tan cierto es lo anterior, que si se contrasta la teleología de la indagación con la que el legislador impone a la fase de investigación (artículo 153 del CDU), se encontrará una total y absoluta correspondencia. El paralelo entre las dos normas permite evidenciar que los desacuerdos entre ellas se restringen a aspectos complementarios como el de *“esclarecer los motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el*

perjuicio causado a la administración pública con la falta”, los cuales solo serán relevantes en tanto que se acredite la existencia de la falta y la correspondiente responsabilidad del sujeto disciplinable.

Por supuesto, la amplitud de objetivos que perseguía la indagación preliminar fue la causa eficiente para que en esta etapa se pudiese decretar y practicar todas las pruebas que se quisieran. Obviamente, siempre y cuando fueran pertinentes para resolver los problemas jurídicos centrales del proceso disciplinario: ¿Existió falta disciplinaria? Y, si ello es así, ¿Quién es el responsable?

De hecho, la legislación anterior permitía que, en algunos eventos, al momento de evaluarse la indagación preliminar, se permitiera la etapa de investigación. Así, el artículo 175 del CDU, señalaba que: *“si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia”*. Una clara muestra que la instrucción podía incluso agotarse en esa etapa que se definía como contingente.

Otra forma de acreditar esa cercanía entre indagación e investigación es la orden que impartía el legislador frente a la forma de notificación del auto de apertura de una y otra. A la luz de lo previsto en el artículo 107 del CDU, había que acudir a la notificación mediante edicto, sino resultaba posible hacerlo de manera personal.

En palabras simples: La forma como se había regulado la indagación preliminar no distaba en grado sumo con los rasgos de la etapa de investigación.

Finalmente, esta caracterización general de la indagación preliminar no puede concluir sin indicar la forma como aquella podía finalizar. Tres posibilidades se tenían:

- Abrir investigación para seguir con la instrucción.
- Archivar el proceso con efecto de cosa juzgada, tal y como podía hacerse en cualquier momento de la fase de investigación

(siempre y cuando estuviere plenamente acreditado alguno de los supuestos que dan lugar a dicha decisión, contemplados en el artículo 73 del CDU).

- Convocar a audiencia para proceso verbal.

2. LAS CRÍTICAS A LA INDAGACIÓN PRELIMINAR

Como se indicó en precedencia, la etapa contingente de la indagación preliminar, en la praxis, se convirtió en una fase recurrente. Era regla general que la evaluación de una queja tuviere o no personas identificadas como posibles autores de conductas que podrían connotar reproche disciplinario y comenzaba con una apertura de indagación preliminar.

Incluso, esta manera de concebir el proceso disciplinario se acentuó con la existencia de una disposición que distinguía entre caducidad y prescripción de la acción disciplinaria y que ponía como hito procesal diferenciador entre una y otra la apertura de investigación. En efecto, si en la indagación, dada la teleología de esta, se podían practicar las pruebas que buscaban resolver los problemas centrales del proceso disciplinario, resultaba altamente sugestivo aprovechar esa etapa para avanzar en la instrucción general del caso. Solo entonces se procedía a abrir la investigación, permitiendo una nueva contabilidad del término de prescripción y, de esa manera, “superar” la aprehensión de una eventual extinción de la acción disciplinaria por el mero transcurso del tiempo desde la comisión de la conducta.

La similitud de finalidades entre indagación preliminar e investigación disciplinaria fue, sin duda, la razón por la que se desnaturalizó aquella, en tanto que pasó de ser entendida como excepción en la evaluación de una queja o informe disciplinario, para convertirse en una fase ordinaria en el devenir del proceso. Por supuesto, esta mutación de facto conllevó a que la duración de las investigaciones disciplinarias se prolongase y, no solo eso, sino que, en algunos casos, se sorprendiera a la defensa, pues en el marco de la etapa preliminar se agotaba la instrucción y se podía pasar de inmediato a la etapa de juzgamiento, muchas

veces sin que el disciplinado participara en aquella, tal y como ocurría cuando se abría la indagación contra “*funcionarios por determinar*”.

3. EL DEVENIR LEGISLATIVO DE LA ACTUAL INDAGACIÓN PREVIA

El actual CGD tuvo su génesis con la presentación del proyecto de ley 055 de 2014 presentado, conjuntamente, por el procurador general de la Nación y el defensor del Pueblo. En su texto original, solo se contemplaba una fase de investigación y otra de juzgamiento. No había referencia alguna a indagación preliminar, previa o cualquier otro tipo de denominación para aludir a una etapa anterior al inicio formal de la instrucción. En la exposición de motivos quedaba plasmada la idea de simplificar al máximo el procedimiento disciplinario:



“Todo lo anterior constituye el fundamento para proponer y desarrollar un único procedimiento, con dos etapas plenamente definidas: investigación y juzgamiento, las que se llevarían a cabo por parte de un mismo funcionario.

De esa manera, la primera fase de este procedimiento único estaría encaminada a la incorporación de los medios probatorios que permitan verificar los hechos, la individualización del presunto autor de la falta y a determinar si existe mérito para formular cargos¹.”



Incluso, cuando no existía una claridad sobre la identidad del posible autor de la conducta, la superación de ese escollo se haría dentro de la misma etapa de investigación, tal y como se refleja en el propuesto texto del inciso segundo del artículo 209:

1 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. No. 401. Bogotá, 6 de agosto de 2014. p 38.

“

“En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria la investigación se orientará inicialmente a lograr este propósito, siendo obligatorio para el funcionario de conocimiento, vincular de manera inmediata al presunto autor²”.

”

El texto del proyecto inicial, en este punto, se mantuvo en los informes de ponencia para primer y segundo debate en el Senado; sin embargo, en esta célula legislativa, al momento de desarrollarse la plenaria y presentar el texto definitivo que se aprobó en ella, se incluyó una disposición que volvía a crear en el procedimiento la “*indagación preliminar*”. Lo curioso es que lo hacía en el título VII, dedicado a regular las nulidades.

El artículo que se incluyó en ese momento, el 208 B, recogía prácticamente la misma redacción que contenía el CDU en cuanto a la procedencia de la indagación. Significa lo anterior que se revivían las deficiencias y problemas que se señalaron en acápite precedente respecto de la reglamentación que tuvo esta fase procesal contingente en la anterior legislación.

En la ponencia para primer debate de la Cámara se dejó expresamente reseñado el respaldo a permitir el trámite de una indagación preliminar; sin embargo, se hacía ya énfasis en la necesidad de distinguir sus objetivos con los que debía perseguir la etapa de investigación. El siguiente apartado es muestra de lo expresado:

“

“En lo que tiene que ver con la notificación del auto de apertura de indagación preliminar, los ponentes anticipan desde ya que en lo que tiene que ver con

2 Ibidem. p. 29.

esta etapa se acoge lo considerado por el Senado de la República, en su sesión plenaria, de incluirla nuevamente como etapa procesal. Sin embargo, con el fin de que no exista duplicidad con los objetivos de la investigación, se limitará su finalidad a la identificación e individualización del presunto autor de la falta.”³



Acogiendo las intervenciones de los representantes de los magistrados de la jurisdicción disciplinaria, se estimó que había que cambiar la ubicación de la norma que consagraba la indagación preliminar, en tanto que no resultaba lógico que su regulación se hiciera en un título destinado a reglamentar las nulidades procesales. Se estimó, con tino, que debía desplazarse el apartado al acápite de la investigación disciplinaria.

De otra parte, y pese a que los ponentes habrían expresado que la finalidad de la indagación se limitaba a la identificación e individualización, se indicó también en la misma ponencia que *“la fase de indagación preliminar es una condición necesaria para poder escalar la actuación a la etapa de investigación”*⁴, una aseveración que, tomada exegéticamente, dejaba atrás la naturaleza contingente que se le había otorgado. La ponencia, finalmente, propuso una redacción para el que sería ahora el artículo 209 del Código. En ella se destacan tres aspectos:

El primero, la advertencia que la procedencia de esa fase preliminar era cuando existiere *“duda sobre la identificación o individualización del posible autor de una falta disciplinaria”*.

El segundo, la autorización que hacía la norma para que el director del proceso en esta etapa pudiese hacer uso de todos *“los medios de prueba legalmente reconocidos”*.

3 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta No. 276. Bogotá, 11 de mayo de 2015. Página 20.

4 Ibidem.

Lo tercero, la inclusión de un párrafo que señalaba que, si la indagación no cumplía con su objetivo, es decir, no se lograba la identificación o individualización del presunto autor, podía entonces ordenarse un archivo que no hacía tránsito a cosa juzgada material. Vale la pena advertir que en el texto sugerido también se plasmó como supuesto generador de esa modalidad de archivo el que se determinara la no procedencia de la investigación disciplinaria, esto es, se creaba una hipótesis que se caracterizaba por su ambigüedad y que no coincidía con el énfasis que se había puesto en el objetivo que se perseguía con esa etapa.

Otro aspecto por destacar en esta ponencia es que en ella se enfatizaba en la necesidad de que el director del proceso disciplinario justificara la procedencia de la indagación, lo cual lo obligaría a indicar la *“razón o causa que (la) motiva”*. Una observación que deja la sensación que existe pluralidad de supuestos, esto es, que no se restringen estos a la individualización e identificación. Sin embargo, resulta curioso que este énfasis que se mostró en la ponencia no termina reflejándose en el texto propuesto, aunque sí denota una preocupación por evitar que se generalice la apertura de indagación. Resulta diciente el siguiente apartado:

“

“Así mismo, para evitar que la indagación preliminar se convierta en un obstáculo para la investigación o que se utilice indebidamente por los operadores jurídicos dando lugar a la prescripción de la acción y que se favorezca la impunidad, es necesario que se establezca como requisito que el operador disciplinario debe señalar en cada caso cuál es la razón o causa que motiva la apertura de la indagación previa, indicar el término que ocupará, pudiendo prorrogarlo sin exceder el límite legal.”⁵

”

5 Ibidem.

La ponencia presentada para segundo debate en Cámara mantuvo, en esencia, la misma redacción del texto propuesto en el debate de comisión. Solo se hicieron algunos ajustes formales: la reorganización del articulado ahora no sería el 208 B, sino el 209. Igualmente, se deja atrás la denominación “*indagación preliminar*” para dar paso al actual *nomen*: “*indagación previa*.”⁶

Finalmente, se aprueba en plenaria un texto que coincide con la actual redacción de la norma y en la que el tema que ocupa nuestra atención no fue de los aspectos polémicos que se debatieron.

Ante la divergencia de enunciados aprobados en Senado y Cámara se procedió a conciliar los textos, imponiéndose el que realizó esta última⁷.

4. LA INDAGACIÓN PREVIA EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

4.1. PROCEDENCIA DE LA INDAGACIÓN PREVIA

Los capítulos anteriores dejan en claro lo siguiente:

- La existencia de una fase previa a la investigación es una necesidad procesal. Si se cuenta con una etapa instructiva limitada en el tiempo es evidente que resulta contraproducente que en ella misma se incluyan aspectos como la individualización e identificación del presunto autor de la falta disciplinaria, pues se corre el riesgo de agotar el tiempo con que se cuenta para alcanzar los fines que ella se propone.
- El que se tome como una necesidad la indagación previa no significa que deba ser una fase obligatoria. Es indispensable

6 Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. No. 394. Bogotá, 10 de junio de 2015.

7 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. No. 409 y 410. Bogotá, 16 de junio de 2015.

que ella siga teniendo un carácter contingente, al que, consideramos, debe ser incluido otro calificativo: excepcional.

Ahora bien, sobre la base anterior, es indispensable entonces entrar a caracterizar los supuestos en los cuales resulta justificada la apertura de una indagación previa en el marco del actual Código General Disciplinario.

4.1.1. PRIMER SUPUESTO: INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL PRESUNTO AUTOR

El artículo 208 del CGD es explícito en indicar como supuesto para abrir indagación previa la existencia de *“duda sobre la identificación o individualización del posible autor de una falta disciplinaria.”*

Individualizar implica conocer aquellas características que hacen que un individuo se distinga de su grupo. Si hablamos de individualizar a un presunto autor de falta disciplinaria, esto conlleva no solo a reconocer aquellos datos que señalan a una persona en particular, sino que también implica conocer la profesión, el cargo o empleo, funciones, remuneración, y todas las variaciones que puedan darse respecto de la respectiva situación administrativa, incluyendo el marco funcional que cobijaría la conducta presuntamente irregular.

En este punto debe recordarse que la imputación de una conducta en materia disciplinaria no se soporta en la competencia por organización, aquella que corresponde a todos los miembros de una sociedad por el solo hecho de ser parte de ella; sino que tiene como fundamento la competencia institucional, aquella que se predica de una persona que asume un *plus* de deberes al adscribirse a una institución específica (familia, estado, etc).

Dado lo anterior, se entiende entonces que siendo el destinatario del régimen disciplinario un servidor público y, por excepción, un particular que ejerce funciones públicas o administra recur-

sos públicos, resulta evidente entonces que no bastará con establecer un nombre concreto, sino que será menester relacionar a esa persona con un cargo o función pública para que pueda predicarse una cabal individualización. Solo así se podrá señalar al presunto autor de la falta, pues este último concepto exige un ámbito funcional preciso.

Por su parte, identificar no es sinónimo de individualizar. Aquella acción exige un reconocimiento de un individuo a partir de su nombre y documento de identificación. En ese sentido, la identificación es un dato agregado a la individualización a fin de hacer inequívoco el señalamiento de una persona; sin embargo, y a diferencia de la individualización, no alude a otro tipo de características que incluyan el ámbito funcional.

Retomando lo expresado por el enunciado normativo, se tiene entonces que no basta con que en la queja o el informe se mencione un nombre de servidor público para que automáticamente se tenga la necesidad de abrir investigación. Tal y como se ha dicho, es indispensable que lo denunciado delimite un entorno funcional junto al señalamiento personal. Evidentemente, si al lado del nombre se hace una referencia fáctica que permita colegir que esa persona, en el marco de sus funciones, es quien pudo haber desplegado el comportamiento que se califica de irregular, no habrá “duda” en torno a la individualización del autor y será imperativo abrir investigación.

4.1.2. INDETERMINACIÓN FÁCTICA

El segundo supuesto que permite la apertura de indagación previa no es producto de la interpretación semántica del artículo 208 del Código, pero sí de una visión sistemática de los enunciados que regulan el proceso en su fase instructiva.

En efecto, conforme al artículo 215 del CGD, un requisito que debe contener el auto de apertura de investigación es la *“relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes en lenguaje com-*

previsible". Por su parte, el artículo 210 *ibidem* fija como uno de los supuestos que dan lugar a la adopción de decisión inhibitoria el que la queja o informe "se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes...o sean presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa".

La lectura de estas dos disposiciones deja ver con nitidez que es indispensable que la facticidad esté definida en sus rasgos generales para poder abrir investigación disciplinaria. ¿Qué significa eso? Simple: los hechos deben estar circunstanciados (tiempo, modo, lugar). Solo así se tendrá un tema de prueba en la fase instructiva, creando un derrotero investigativo, en tanto que se partirá de una hipótesis específica que habrá de corroborar o contrastar al final de la investigación y, de contera, también se otorgará una garantía mayor a la defensa, en la medida en que esta sabrá, de entrada, de qué exactamente deberá defenderse. En una palabra, se ajustan los términos del debate procesal.

Por supuesto que la exigencia de la fijación de los "*hechos disciplinariamente relevantes*" también es un imperativo coherente con la teleología premial que se introdujo al proceso disciplinario con los beneficios derivados de la confesión. Desde esta perspectiva, se observa que el artículo 162 del CGD contempla rebajas en la sanción cuando se presenta aceptación de la responsabilidad disciplinaria y, dentro de una lógica de progresividad, dichos beneficios son mayores entre más temprano se haga dicha aceptación. ¿Cómo puede esperarse la confesión en fase de investigación si no existe un marco factual delimitado? Es imperativo entonces que se tenga unos hechos precisos, es decir, no quedándonos en una descripción que responda genéricamente al ¿Qué pasó? y ¿Quién lo hizo?, sino que también debe contener una referencia modal (¿Cómo pasó?), espacial (¿Dónde pasó?) y temporal (¿Cuándo pasó?).

La experiencia enseña que la noticia inicial que recibe el operador disciplinario no siempre permite inferir esa delimitación factual que se indica. ¿Significa entonces que debe proferirse una decisión inhibitoria? Claro que no. Volviendo la mirada a los supuestos que causan

este tipo de decisión, se advierte que solo procederá esta por irrelevancia del hecho denunciado o cuando lo noticiado es absolutamente inconcreto o difuso, hipótesis que no se subsumen en lo que se ha venido señalando, como pasa a demostrarse a continuación:

El calificativo de irrelevante se predica del hecho y de cara al baremo disciplinario, esto es, implica un juicio de valor sobre una facticidad que se delimita, se precisa, pero que no puede tomarse, *a priori*, como indicadora de menoscabo de deberes funcionales, extralimitación de derechos o funciones, incursión en prohibición o violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos o conflicto de intereses. Así las cosas, es claro que la irrelevancia no tiene nada que ver con la precisión de los hechos que exige el auto de apertura de investigación. Es una valoración inicial que descarta de plano que lo informado sea de interés para el derecho disciplinario. Puede, de hecho, tenerse una absoluta descripción de la facticidad y, sin embargo, no ser esta pertinente para estudiarla desde la perspectiva del derecho disciplinario. Piénsese, por vía de ejemplo, una queja en la que se indique, con total precisión, que un determinado servidor público ha sido destinatario de un trámite contravencional por cuenta de un exceso ruido en su residencia. Un comportamiento que puede ser reprochado en el plano policivo, pero que no resulta notable para el derecho disciplinario.

Por su parte, el carácter difuso o inconcreto de los hechos denunciados tiene una forma adverbial ("*absolutamente*") que afecta el calificativo que, por tanto, denota algo categórico, terminante, decisivo. Significa lo anterior que para que proceda una decisión inhibitoria se requiere que lo informado tenga esas calidades de inconcreción de manera evidente, tajante. Por ejemplo, se denuncia que un servidor público x es un funcionario corrupto que persigue a sus empleados. No hay una mínima referencia factual que permita direccionar una labor investigativa del operador disciplinario.

La precisión anterior nos lleva entonces a un punto: ¿Qué hacer cuando la queja o informe da cuenta de unos hechos que son de interés

para el derecho disciplinario, señalan a un posible autor, pero no tienen la precisión suficiente para abrir investigación?

Una opción es inhibirse. Posibilidad que, por lo que se ha expuesto, descartamos de plano, en tanto que no se ajustaría el caso a los supuestos contemplados en el artículo 210 del CGD.

Otra tesis diría que abrir investigación. Sin embargo, consideramos que también resultaría incorrecta esta decisión, en tanto que no se tendría una facticidad lo suficientemente circunstanciada, lo que conllevaría a una indeterminación contraria a lo deseado con el inicio formal de la investigación y podría, a la postre, terminar en una labor instructiva sin un horizonte claro, con el respectivo desmedro para la defensa que no conocería exactamente las circunstancias que precisen el hecho endilgado.

La tercera posibilidad, que es la que sostenemos, es tener esta indeterminación, que no es absoluta o categórica, como otro supuesto para abrir indagación previa, la cual, tendría como objeto superar esas dudas sobre la facticidad, esto es, sobre la materialidad de la conducta. Creemos que el repaso del devenir del artículo 209 del CGD (analizado en epígrafe anterior) y la lectura armónica de esta disposición con el artículo 215, permiten sustentar la tesis propuesta.

De hecho, esta última opción se refuerza cuando encontramos en el párrafo del artículo 209 del CGD un precepto que fija, tal y como lo planteamos ahora, dos causales para proferir el archivo transitorio como forma de terminación de la indagación previa: una de ellas es la falta de identificación o individualización del posible autor de la falta. La segunda, se refiere a aquellos eventos en que *“se determine que no procede la investigación disciplinaria”*.

4.2. FINES DE LA INDAGACIÓN PREVIA

La eliminación de la indagación preliminar en el proyecto inicial, que daría lugar al actual CGD, tuvo como punto de partida la

similitud de fines que se perseguía en ella con relación a la etapa de investigación. Creemos que con la delimitación de los supuestos que dan lugar al inicio de la indagación previa se supera la principal crítica que tenía el régimen anterior, en la medida en que ahora el objetivo que ella persigue es la plena identificación o individualización del presunto autor o la circunstanciación de los hechos disciplinariamente relevantes.

No se trata entonces de agotar la instrucción de un caso en la indagación. Mucho menos, abusar de ella y tomarla como regla general en la evaluación de una queja o informe. No. La cuestión es concebir esta etapa preliminar como lo que es: una fase contingente y excepcional que tan solo se justifica cuando se presentan dudas en torno a los dos puntuales aspectos resaltados en precedencia.

4.3. GARANTÍAS A LA DEFENSA

Si en el informe o queja se menciona a un posible autor de la conducta y, dadas las particularidades del asunto, se opta por abrir indagación previa, es indispensable, en procura de garantizar el derecho de defensa, notificar esa decisión a quien es mencionado. Esta opción fue considerada en el trámite legislativo⁸, sin embargo, ante el ajuste que se hizo del texto de la nueva legislación para eliminar de ella las finalidades que asignaba el anterior régimen a la investigación previa, desapareció la referencia a la notificación personal y el edicto supletorio para dar publicidad a dicha decisión.

En este punto, resulta pertinente recordar un antecedente histórico de nuestro sistema disciplinario: el artículo 80 de la Ley 200 de 1995 (Código Único Disciplinario de la época), era un precep-

⁸ Resulta dicente lo expresado por la Cámara: “Existiendo indagación preliminar, conforme a la jurisprudencia constitucional, debe garantizarse al indiciado la posibilidad de ejercer su defensa en esta fase de la actuación y de no mediar notificación personal, dicha salvaguarda se protege a través de la notificación supletoria” (CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. No. 276. Bogotá, 11 de mayo de 2015. Página 19).

to en el que se indicaba que el auto de apertura de indagación debía ser comunicado, no notificado. Este enunciado fue objeto de estudio por la Corte Constitucional y fue declarado exequible condicionado en Sentencia C-555 de 2001 *“bajo el entendido que se refiere a la notificación personal y en subsidio a la notificación por edicto, cuando a pesar de las diligencias pertinentes, de las cuales se dejará constancia secretarial en el expediente, no se haya podido notificar personalmente”*.

Creemos que esta misma subregla debe aplicarse ahora cuando, de manera excepcional se abra una indagación previa, aun cuando se tenga un señalamiento de un posible autor. Sin duda, es una práctica que debe introducirse para que se salvaguarde el derecho de defensa.

Aunque parezca obvio, es importante destacar que la indagación no puede adelantarse como un mecanismo vedado de recaudar pruebas, adelantar investigaciones a espaldas de la defensa. La idea es que esta fase se use para superar las falencias que se desprenden de la queja o informe, pero siempre respetando el derecho de defensa y, para esto, resulta indispensable que ella se encuentre al tanto de la actividad estatal.

En la misma línea de lo que se expone, encontramos a la Corte Constitucional cuando, en sentencia C-107 de 2002, reitera el precedente fijado en la sentencia C-892 de 1999:



“Ello significa que, cuando no existe una persona claramente definida o, lo que es lo mismo, no se tiene certeza sobre el posible autor de la falta disciplinaria, el servidor público que tiene a su cargo el esclarecimiento real de los hechos que dieron lugar a la queja, puede acudir a los medios de prueba que considere pertinentes, sin que ello autorice al funcionario investigador a negarse a oír al servidor público que así lo solicite si este último lo estima pertinente, pues, de

conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, si un servidor público tiene conocimiento de que su conducta puede resultar comprometida en virtud de una queja o denuncia instaurada y, solicita al funcionario investigador la recepción de la exposición espontánea, en aras de ejercer su derecho de defensa, tendrá que ser escuchado, sin que esta solicitud quede sujeta a la discrecionalidad del investigador.”



4.4. TERMINACIÓN DE LA INDAGACIÓN PREVIA

Cumplido el objetivo previsto para esta fase contingente o superado el término legal para adelantarla, se debe entonces entrar a “evaluar” lo recopilado. Ese ejercicio puede conllevar a tres salidas diferentes: abrir investigación, archivar definitivamente el proceso o archivarlo provisionalmente.

4.4.1. APERTURA DE INVESTIGACIÓN

Si se ha logrado individualizar o identificar el presunto autor o si se ha delimitado el marco fáctico, se estaría entonces cumpliendo con las exigencias que el ordenamiento jurídico consagra para que se inicie formalmente la etapa de investigación. Es el paso lógico y obligado dentro de la progresividad del proceso disciplinario. Como es sabido, el nuevo ordenamiento no permite pasar de inmediato a la etapa de juzgamiento, lo que constituye un acierto en la medida en que la indagación no puede reemplazar la etapa instructiva que tiene finalidades distintas y orientadas a resolver el problema jurídico del proceso disciplinario: ¿Hubo falta? Y, de ser así, ¿Quién puede ser responsable de ella?

4.4.2. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS

Conforme lo preceptúa el artículo 90 del CGD, en cualquier etapa de la actuación disciplinaria se podrá terminar el proceso y proceder a

archivar “definitivamente” las diligencias. Ese adverbio denota que la decisión hace tránsito a cosa juzgada formal y material.

De acuerdo a la norma reseñada, son varias las causales que permiten arribar a este tipo de decisión:

- De naturaleza procesal: “la actuación no podía iniciarse o proseguirse”, aspecto que se debe interpretar en conjunto con las causales que extinguen la acción disciplinaria. Bastará con acreditar cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 32 del CGD o la existencia de un pronunciamiento de fondo que hubiere agotado la acción (*non bis in idem*) para que no pueda iniciarse o continuarse con el proceso. Debe recordarse que la existencia de un proceso supone siempre el ejercicio de una acción. Si ya no existe esta, si se ha extinguido, obviamente, no puede entonces adelantarse actuación alguna.
- De naturaleza ontológica: Si se acredita la inexistencia del hecho es obvio que no tendría razón de ser pasar a la siguiente fase procesal. Implicaría un desgaste al operador disciplinario, obligarle a continuar con la actuación a sabiendas que la conducta, objetivamente, sin valoración alguna, no aconteció.
- De naturaleza sustancial: Bajo este epígrafe se aglutinan, a su vez, varias hipótesis.
 - o Ausencia de imputación: Si se infiere de lo recaudado en etapa de indagación previa que el servidor señalado en la queja o informe como posible autor de la falta disciplinaria no desplegó la conducta que se reputa de irregular, es lógico que debe producirse un pronunciamiento absolutorio, dado que queda en evidencia la ausencia de imputación. Puede que se haya delimitado una facticidad y que esta sea de interés para el derecho disciplinario, pero, en esta hipótesis, se descarta que quien fuere señalado inicialmente como la persona que ejecutó dicha conducta, lo hubiere hecho.

- o Ausencia de falta: La norma que se analiza refiere que se adoptará una decisión de archivo cuando “*la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria*”. Dado que el concepto “*falta*” es técnico y complejo, resultado de la conjugación de categorías dogmáticas, puede entonces arribarse a la conclusión que, si se determina con las pruebas recaudadas la atipicidad de la conducta, la ausencia de un sustancial quebrantamiento del deber o la imposibilidad de predicar la culpabilidad, bien puede entonces, en cada uno de esos supuestos, terminarse la actuación. Igual ocurrirá si se acredita alguna de las causales extintivas de la responsabilidad disciplinaria previstas en el artículo 31 del CGD y que neutraliza alguno de los calificativos que debe acompañar a una conducta para reputarle como falta.

Ahora bien, es relevante resaltar que la procedencia de la decisión de archivo en esta etapa de indagación previa exige un nivel criteriológico especial: “*certeza*”. No de otra manera se puede entender la expresión “*plenamente demostrado*”. Así, si existiere dudas, éstas no pueden constituir en argumento válido de archivo, sobre la base de aplicación de un *indubio pro* disciplinado. Si hay dudas sobre la existencia de la falta o de la responsabilidad, lo que procede es continuar con la siguiente fase procesal: la investigación. El *indubio pro* disciplinado se cimenta sobre un calificativo que no puede obviarse: duda insalvable, tal y como ocurre al proferir un fallo, cuando no existe opción de recaudo de pruebas ni etapa subsiguiente. Una situación que dista enormemente del estadio procesal que se estudia. Si se tienen dudas, lo correcto es superar estas a partir del recaudo de las pruebas correspondientes, las cuales deberán ser practicadas en la instrucción que puede y debe, en esos casos, iniciarse.

4.4.3 ARCHIVO PROVISIONAL

Una novedad del CGD es la posibilidad de culminar con la fase de indagación previa mediante la adopción de un archivo que, a

diferencia del mencionado en el apartado anterior, no hace tránsito a cosa juzgada material.

Como se reseñó con epígrafe anterior, son dos hipótesis las que permiten proferir esta decisión: la imposibilidad de lograr la identificación o individualización del posible autor y cuando se determine la improcedencia de la investigación disciplinaria. La dualidad de supuestos prueba que la indagación previa no se limita a los aspectos de individualización e identificación, pero también muestra que el incumplimiento de los fines que persigue esta fase contingente.

Desde luego, para arribar a una decisión de archivo transitorio, es menester que se haya agotado el término señalado en la ley para adelantar la indagación, pues de no ser así, lo procedente es ordenar nuevas pruebas que permitan superar el escollo que ha impedido avanzar en el proceso.

Resulta importante recordar que la existencia de un archivo transitorio en el proceso disciplinario no es un tema novel en la historia legislativa colombiana. Ya el artículo 146 de la Ley 200 de 1995 se indicaba que si se vencía el lapso de la etapa de investigación disciplinaria y no se hubiere formulado cargos se debía ordenar el archivo provisional. El calificativo que se le daba a esta terminación del proceso permitía formular cargos con posterioridad a la decisión transitoria, siempre y cuando apareciera una nueva prueba que permitiese este tipo de calificación.

No obstante, el archivo provisional de la Ley 200 de 1995 no equivale al que ahora contempla el CGD. En efecto, mientras aquel se daba en la etapa de investigación, es decir, cuando ya se contaba con una persona vinculada al proceso, en el archivo provisional del actual estatuto procedimental se produce la decisión en fase de indagación previa, una etapa en la que aún no hay un sujeto vinculado formalmente.

Debe también recordarse que el archivo provisional que consagraba el primigenio Código Único Disciplinario fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, tribunal que arriba a esa conclusión partiendo de la siguiente consideración:



“La jurisprudencia que en este aspecto ha sido resaltada advierte que el legislador estaría obligado a señalar términos precisos para el desarrollo de cada una de las etapas del procedimiento, que le den certeza a las mismas y permitan determinar, en episodios definidos, la situación de los individuos sometidos a una investigación disciplinaria.

Del cotejo entre las disposiciones acusadas y las consideraciones jurisprudenciales en la materia se deduce con claridad que existe una oposición entre la institución procesal del archivo provisional de las diligencias y la necesidad de definir, en aras de las garantías constitucionales del debido proceso, la situación jurídica de quien se encuentra sub judice en un proceso disciplinario.

Esto, por cuanto la consagración del archivo provisional como mecanismo para suspender las diligencias de indagación que no han podido ser resueltas en los términos legales constituye una medida que prolonga indefinidamente la situación particular del disciplinado, dado que no existe un término preciso establecido para su duración. Adicionalmente, porque el archivo provisional de la investigación disciplinaria ocurre por razón de la inactividad de la administración pública en definir las condiciones necesarias para formular cargos contra el investigado, situación que resulta ajena a la voluntad de éste y, en cambio, atribuible por completo a la autoridad disciplinaria.

En este sentido, la posición de la Corte Constitucional es decididamente garantista al dar prioridad al derecho que tiene el inculpado de resolver oportunamente su situación disciplinaria, por sobre el interés que le asiste a la administración pública de “determinar los hechos, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas”⁹.

A la conclusión anterior también puede llegarse si se repara en el antecedente jurisprudencial directo que existe en la materia. Mediante Sentencia C-728 de 2000, la Corte Constitucional procedió a declarar la exequibilidad de la figura del archivo definitivo de las diligencias de indagación preliminar a que hace referencia el artículo 141 de la Ley 200 de 1995. La norma especificaba que una vez transcurridos los seis meses que, como máximo, puede durar la indagación preliminar, el funcionario solo podría abrir la investigación o archivar definitivamente el expediente.

La Corte Constitucional consideró que el archivo definitivo del expediente en la etapa de investigación preliminar se justifica como medida para evitar la indefinida sumisión del sujeto disciplinado al procedimiento respectivo, ya que, “en aras de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones provisorias no persistan indefinidamente, es necesario establecer para ellas un límite temporal, que el legislador debe evaluar, ponderando la necesidad de preservar el interés general implícito en ella, con el que puede sacrificarse en caso de aparecer, con posterioridad al vencimiento del término preclusivo, pruebas indicativas de que alguien debía ser sancionado por hechos atentatorios a la disciplina”.

9 Cfr. Sentencia C-728 de 2000.

En dicho fallo, la Corte tuvo en cuenta que prolongar indefinidamente la indagación preliminar, más allá del término de seis meses conferido por la norma, constituiría un quebrantamiento evidente de las garantías constitucionales, alertado ya por la Corte Constitucional en la Sentencia C-412 de 1993, pues “los términos tienen un contenido garantista en favor de los encartados y que la inexistencia de alguno para la realización de la investigación previa constituía una violación al debido proceso”.



La cita realizada deja en evidencia que un término indefinido en un proceso sancionatorio termina afectando el derecho de la persona *sub iudice* a que se le defina su situación dentro de un término razonable.

Ahora bien, si la indagación previa se adelantó porque no se ha individualizado o identificado el presunto autor de la conducta reputada de falta disciplinaria, *a priori*, resultaría válido afirmar que no se ha configurado un derecho en favor de un específico servidor público. Precisamente, esa ausencia de datos para imputar la conducta es lo que ocasionó esta fase eventual del proceso. Evidentemente, dada la naturaleza de la falta disciplinaria, será muy extraño que no se logre suplir un mínimo de individualización en el recaudo probatorio de la indagación adelantada.

Sobre este punto, resulta muy ilustrativo el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia C-036 de 2003 cuando indicó:



“De acuerdo con el examen somero de estos elementos, para la Corte, la excepción contenida en la parte acusada respecto del no señalamiento por el legislador de un límite de duración de la indagación preliminar cuando existen dudas sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria, resulta a todas luces violatoria del derecho al debido proceso

la Corte considera que, tal como está estructurada la disposición, no es que no exista un sujeto disciplinable, sino que hay “duda sobre la identificación o individualización del autor de la falta disciplinaria” en esta etapa de indagación preliminar. Es decir, no es que no se conozca en absoluto la identidad de quien realizó el hecho disciplinable, sino que hay “duda” sobre su identificación o individualización, lo que es muy distinto.

En el lenguaje corriente, el término dudar no tiene un significado abstracto. No, cuando se habla de que hay duda sobre la participación de alguien en un hecho, sea delictuoso o disciplinable, se hace alusión a que existe una posibilidad de que el hecho hubiere sido cometido por una o varias personas determinadas o a lo menos, con su participación o por su conducta omisiva. Persona o personas que se encontrarán sub judice, por lo menos entre cinco y doce años, según la falta (artículo 30 de la Ley 734 de 2002), término de prescripción de la acción disciplinaria, y durante este tiempo no tienen oportunidad de que en un término cierto y determinado sea resuelta su situación, bien sea porque se decida el archivo de la indagación o el auto de apertura de la investigación disciplinaria, como sí ocurre para los otros eventos que originan la indagación preliminar.

4.8 No cabe duda que en este caso, en aplicación del artículo 29 de la Constitución, debe prevalecer el derecho a tener un debido proceso público sin dilaciones injustificadas frente al derecho del Estado de ejercer su poder sancionador por un período de tiempo indefinido, pues, se repite, no es que se desconozca quién realizó el hecho disciplinable, sino que existen dudas sobre su individualización”.



Estos precedentes citados pueden conllevar a una declaratoria de inexequibilidad del párrafo del artículo 208 del CGD, incluso en la hipótesis de archivo transitorio por cuenta del mantenimiento de duda sobre la identidad o individualización del posible autor de la falta. Como se observó, la Corte entiende que, por la misma naturaleza de la falta, lo que se cierne en torno a la autoría es una duda, que no un desconocimiento absoluto del posible autor, como sí puede ocurrir en materia penal. Y es que, siendo el sujeto disciplinable una persona que ejerce un determinado rol y siendo la falta una conducta en el marco de una específica función, razón le asiste a la Corte en destacar que las dudas son, a todas luces, superables.

Desde luego, las razones anteriores para estimar inconvenientes de constitucionalidad del archivo transitorio se acentúan cuando se trata de aquellos casos en los que se adopta dicha decisión por estimar la improcedencia para adelantar la investigación. En esta hipótesis, a diferencia de la que ya se examinó, existe un individuo que, si bien no está vinculado formalmente al proceso, si tiene un señalamiento directo. Ese solo señalamiento le genera un derecho a no permanecer indefinidamente relacionado con un asunto disciplinario y, siendo este el argumento central de los precedentes citados, requiere de una definición de su caso, ya sea, pasando a la etapa de investigación (lo que sometería al operador disciplinario a unos términos estrictos) o archivando definitivamente la actuación.

El planteamiento que se hace va en consonancia con otro pronunciamiento de la Corte Constitucional: la Sentencia C-728 de 2000¹⁰:

10 En esta decisión la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad del artículo 141 de la ley 200 de 1995 que estipulaba lo siguiente: “*Cuando proceda la indagación preliminar no podrá prolongarse por más de seis (6) meses. La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos, al vencimiento de este término perentorio el funcionario solo podrá, o abrir investigación o archivar definitivamente el expediente.*”

“

“Pudiera argüirse que al fijar en seis meses el término al cabo del cual debe archivarse definitivamente el expediente, el legislador restringió de manera irrazonable y desproporcionada la posibilidad de hacer justicia, en beneficio de la impunidad, pues bien puede ocurrir que con posterioridad al vencimiento de ese término aparezcan pruebas concluyentes acerca de la existencia del hecho contraventor del régimen disciplinario y del autor del mismo. Pero tal argumento pierde toda su fuerza persuasiva, si se repara cuidadosamente en dos circunstancias: 1) Que la investigación preliminar solo se justifica cuando el funcionario que debe investigar tiene alguna duda acerca de si la investigación es procedente (art. 138), y seis meses parecen suficientes para disiparla, puesto que, en vista de esa finalidad, lo que se exige no es una recolección exhaustiva y demandante de elementos probatorios, sino apenas la obtención de alguno que indique que el hecho que fue objeto de denuncia, de queja o iniciación oficiosa, en realidad ocurrió y quién pudo ser el responsable; y 2) Que en aras de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones provisorias no persistan indefinidamente, es necesario establecer para ellas un límite temporal, que el legislador debe evaluar, ponderando la necesidad de preservar el interés general implícito en ella, con el que puede sacrificarse en caso de aparecer, con posterioridad al vencimiento del término preclusivo, pruebas indicativas de que alguien debía ser sancionado por hechos atentatorios a la disciplina”.

”

Los reparos de constitucionalidad que predicamos del archivo transitorio pueden superarse con la incorporación de, al menos dos prácticas claras:

La primera, al evaluar quejas e informe iniciales. Si estos no contienen un mínimo de información sobre el servidor público o particular que puede ser autor de la falta, lo procedente no será abrir indagación, sino proceder a inhibirse de plano, ante la inconcreción de lo informado. Obrar de otro modo es generar un desgaste innecesario a la administración y, de contera, elevar un riesgo de incurrir en deficiencias probatorias que generen decisiones injustas. De hecho, si llegare la Corte a excluir del ordenamiento jurídico el carácter transitorio del archivo que se estudia, actuar en la forma censurada puede convertirse en un nicho de impunidad.

La segunda, crear líneas investigativas concretas y pertinentes para alcanzar los fines de la indagación previa. Debe abandonarse la idea que esta se encuentra confeccionada para perfeccionar la actuación. Su teleología debe convertirse en la directriz del quehacer probatorio. Si se olvida esta verdad evidente, claramente se corre también el riesgo de perder el horizonte de esta etapa contingente del proceso y puede conllevar a decisiones que fomenten impunidad.

CONCLUSIONES

Una cabal comprensión de la indagación previa permite reconocer que esta difiere de la anterior indagación preliminar contemplada en la Ley 734 de 2002. Igualmente, permitirá reconocer que su procedencia no se limita a una plena individualización e identificación del posible autor de una falta disciplinaria, sino que, además, puede usarse para delimitar los hechos relevantes disciplinariamente.

La dualidad de supuestos para abrir indagación previa se desprenden de la lectura armónica de varias disposiciones del CGD: el artículo 208, que se refiere expresamente a la procedencia de esta fase; el parágrafo del artículo 209, que muestra dos hipótesis distintas para proferir archivo transitorio una vez culminada la indagación; así como el artículo 215.2, que exige como requisito del auto de apertura de investigación *“la relación clara y sucinta de los hechos disciplinariamente relevantes...”*

La indagación previa, tal y como se reguló por el legislador, puede culminar de tres maneras distintas: abriendo investigación, archivando definitivamente la actuación o haciéndolo de forma transitoria. Sin embargo, esta última posibilidad tiene serios cuestionamientos de constitucionalidad, dado los precedentes que se han elaborado frente a la duración de las fases del proceso disciplinario.

El éxito de una indagación previa depende de la adecuada actividad probatoria que se desarrolle en ella, la que debe estar orientada por sus finalidades concretas. Siempre debe tenerse como derrotero el respeto por el derecho de defensa y eso implica la necesidad de informar a este de la apertura que se haga para adelantar una etapa que, por naturaleza, es de carácter contingente.

BIBLIOGRAFÍA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta No. 401. Bogotá, 6 de agosto de 2014.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta No. 664. Bogotá, 29 de octubre de 2014.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta No. 842. Bogotá, 10 de diciembre de 2014.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta No. 879. Bogotá, 22 de diciembre de 2014.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta No. 276. Bogotá, 11 de mayo de 2015.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta No. 394. Bogotá, 10 de junio de 2015.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta No. 409. Bogotá, 16 de junio de 2015.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta No. 410. Bogotá, 16 de junio de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 892 de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-728 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-555 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-107 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-036 de 2003.

JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO: FUNDAMENTO, PRINCIPIOS, DESARROLLO E INNOVACIONES EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

ANTONIO JOSÉ NÚÑEZ TRUJILLO¹

PROCURADOR DELEGADO DISCIPLINARIO DE JUZGAMIENTO 3

RESUMEN:

Este artículo revisa los antecedentes del juzgamiento disciplinario en Colombia y muestra que el mismo se origina en una aparente contradicción entre el procedimiento disciplinario nacional y el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, el cual subsanó la Ley 2094 de 2021 al asignar funciones de juzgamiento disciplinario a ciertos funcionarios de la Procuraduría General de la Nación y al establecer otras medidas tales como la garantía de la doble instancia y la doble conformidad, las cuales son igualmente aplicables a otras autoridades disciplinarias. Igualmente, resume la estructura del juzgamiento disciplinario y señala las principales innovaciones del Código General Disciplinario respecto del Código Disciplinario Único.

1 El texto recoge parte de la experiencia de juzgamiento disciplinario de la Procuraduría Sexta Delegada ante el Consejo de Estado, que tuvo esa función entre el 14 de julio de 2021, por virtud de la Resolución 217 de esa fecha, hasta el 12 de mayo de 2022, por virtud de la Resolución 150 de esa fecha, en la cual, mediante el Decreto 555 de la misma fecha, todo el personal de la dependencia pasó a integrar la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 3. Todas estas disposiciones fueron emitidas por la señora Procuradora General de la Nación. El autor agradece a la Dra. Bleyner Solano, funcionaria de la Procuraduría Delegada, la lectura del borrador del texto y sus comentarios, que resultaron de gran utilidad para la versión final.

PALABRAS CLAVE:

Juzgamiento disciplinario, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, doble instancia, doble conformidad, Código General Disciplinario, Código Disciplinario Único, Colombia.

ABSTRACT:

This article reviews the background of disciplinary judgement in Colombia and shows that it originated in a seeming contradiction between domestic disciplinary procedure and the Interamerican Human Rights System, a contradiction that was corrected by Law 2094 of 2021, by granting judicial powers to certain officials of the Colombian General Attorney's Office, and by enacting other measures, such as the guaranteed right of appeal and double conformity. These measures apply to other disciplinary authorities. The article also outlines the structure of disciplinary judgement and indicates the main innovations included in the General Disciplinary Code compared to the Single Disciplinary Code.

KEYWORDS:

Disciplinary Judgement, Interamerican Human Rights System, right of appeal, double conformity, General Disciplinary Code, Single Disciplinary Code.

INTRODUCCIÓN

El Código General Disciplinario —C.G.D.— introdujo múltiples innovaciones respecto de su predecesor, el Código Disciplinario Único —C.D.U.²—. Sin embargo, el juzgamiento disciplinario es la mayor novedad en el C.G.D., la cual se generó para armonizar el procedimiento disciplinario colombiano con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El juzgamiento disciplinario también fue la razón central para que se suspendiera la vigencia del C.G.D. (Ley 1952 de 2019) en dos ocasiones, y que el mismo se modificara extensamente por medio de la Ley 2094 de 2021, cuya principal finalidad fue otorgar a ciertos funcionarios de la Procuraduría General de la Nación funciones judiciales como las que ejercen ciertos órganos gubernamentales, tales como las superintendencias, así como separar las etapas de instrucción y de juzgamiento y establecer la doble instancia y la doble conformidad en los casos de fallos sancionatorios. Si bien la Corte Constitucional está pendiente de resolver varias acciones de inconstitucionalidad instauradas contra las normas que regulan el juzgamiento disciplinario, es probable que la decisión al respecto sea de exequibilidad si la Corte se mantiene en la línea jurisprudencial que lleva decantada.

2 Aquí bastará recordar las siguientes: el desarrollo de una causal de exculpación frecuentemente aducida en estos procesos, el haber obrado con *la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria* (art. 31.8, C.G.D.); la supresión de la caducidad de la acción disciplinaria (art. 33, C.G.D.); la distinción entre factores de agravación y de atenuación en la graduación de la sanción (art. 50, C.G.D.); la posibilidad de que las *víctimas de conductas violatorias de derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como de acoso laboral*, intervengan en los procesos disciplinarios como sujetos procesales (antes reconocida por vía jurisprudencial, art. 109, C.G.D.); las notificaciones por estados electrónicos (art. 125, C.G.D.); la reglamentación detallada de diversos medios de prueba, los cuales, en consecuencia, no siguen sujetos a la Ley 600 de 2000 (arts. 161 a 199, C.G.D.), entre otras.

2. ANTECEDENTES DEL JUICIO DISCIPLINARIO EN EL C.D.U. Y EN EL C.G.D. (LEY 1952 DE 2019)

En el C.D.U. no existía juicio disciplinario porque todas las actuaciones del órgano disciplinario (Procuraduría General de la Nación, Personerías, oficinas de control interno disciplinario) eran de carácter administrativo, y un mismo funcionario realizaba tanto la etapa de instrucción como la de descargos, pruebas y fallo. Había fallos disciplinarios que no podían ser apelados. No había trato diferencial entre servidores públicos de elección popular y otros disciplinables.

En la Ley 1952 de 2019, versión inicial del C.G.D. que no estuvo vigente, todos los juzgamientos (así llamados, aunque fueran decisiones administrativas y no judiciales) eran verbales. Por razón de la enorme dificultad que ello hubiera implicado para los operadores disciplinarios³, inicialmente se resolvió suspender la vigencia del C.G.D. por el artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 (*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”*) hasta el 1 de julio de 2021, y después, hasta el 29 de marzo de 2022, por la Ley 2094 de 2021, con algunas excepciones; es decir, los artículos 1 (funciones jurisdiccionales de la Procuraduría General de la Nación) y el artículo 74 (reconocimiento y ejercicio de funciones jurisdiccionales). Estas excepciones permitieron a la Procuradora General de la Nación establecer la función de juzgamiento de la Procuraduría General de la Nación, mediante la Resolución 207 del 7 de julio de 2021, para todos los casos, no solo los de los servidores públicos de elección popular, como una medida de garantía del debido proceso y el derecho de defensa en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3 Además de los complejos requerimientos técnicos y de infraestructura que resultarían de un juzgamiento disciplinario exclusivamente verbal, este tipo de juzgamiento convierte al operador disciplinario (Procurador delegado, regional, distrital, provincial, etc.) en un cuello de botella, especialmente en la práctica de pruebas, pues, salvo las comisionadas, todas deben recaudarse en audiencia y de manera personal por el operador.

3. EL ESTABLECIMIENTO DEL JUICIO DISCIPLINARIO FUE EL REMEDIO PARA UNA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO COLOMBIANO Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En la Constitución colombiana no hay duda de que la Procuraduría General de la Nación es competente para investigar y sancionar a todos los servidores públicos, salvo a los que tienen fuero constitucional. Según la Corte Constitucional⁴, al declarar exequible la suspensión provisional en el C.D.U. y el C.G.D., la competencia de investigación y sanción de la Procuraduría tiene fundamento en las siguientes consideraciones: (i) *La naturaleza de la Procuraduría General de la Nación*: se trata de un organismo de control autónomo, responsable de adelantar el proceso disciplinario de manera independiente de los demás órganos del Estado, *no se encuentra dentro de ninguna rama del poder público y, por tanto, no está sometida en modo alguno a interferencias políticas*; (ii) *el control judicial sobre sus decisiones*: sus actos son susceptibles de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa y, en el caso de las medidas de suspensión provisional, se ha aceptado la procedencia de la tutela; (iii) *los objetivos perseguidos son constitucionalmente válidos*: busca la protección de derechos humanos, como la dignidad humana y la moralidad pública; (iv) *el artículo 23 de la CADH no establece una determinación “taxativa” sobre las eventuales restricciones a los derechos políticos*: el objeto de la Convención *no consiste en excluir el margen nacional de apreciación, la autonomía política de los Estados y negar la posibilidad de cumplimiento de buena fe y, adaptados a sus propias necesidades, de los compromisos internacionales*; y (v) *el ejercicio de sus funciones está limitado por el respeto de principios y derechos constitucionales*: exige el obligatorio respeto del debido pro-

4 Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Sentencia C-106 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

ceso y la prohibición de incurrir en actos discriminatorios o arbitrarios, así como de los principios que rigen el *ius puniendi* del Estado en el marco de los procesos disciplinarios⁵. Esta lectura de la relación entre el procedimiento disciplinario interno y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el resultado de una larga elaboración por parte de la Corte Constitucional, que incluye, además de las aquí citadas, no menos de 5 sentencias de constitucionalidad y dos de unificación, que adelante se mencionan. Entonces, no cabe duda de la constitucionalidad de la función disciplinaria en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, respecto de cualesquiera servidores públicos y particulares que ejerzan funciones públicas o administren recursos públicos, función que de suyo no resulta contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, con jurisdicción disciplinaria o sin ella.

Sin embargo, la controversia que eventualmente dio lugar a la creación de esta jurisdicción, en cabeza de los funcionarios de juzgamiento de la Procuraduría General de la Nación, se originó el 9 de diciembre de 2013, cuando la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en decisión de única instancia, destituyó e inhabilitó por 15 años al Alcalde Mayor de Bogotá, señor Gustavo Petro Urrego, debido a la irregular asignación de la función de la recolección de basuras a dos empresas distritales sin experiencia en la materia, la Empresa de Acueducto de Bogotá, y la filial de esta, Aguas de Bogotá. La defensa del señor Petro presentó un recurso de reposición contra la decisión sancionatoria, el cual fue rechazado por improcedente (porque el fallo era de única instancia) el 13 de enero de 2014. Contra esta determinación, la defensa presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Consejo de Estado, la cual, el 13 de mayo de 2014, suspendió el acto que sancionó al señor Petro.

5 Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis: El derecho sancionador tiene al menos cinco especies: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o *impeachment*, todas ellas gobernadas por unos principios generales comunes, aunque con obvias diferencias.

El 25 de octubre de 2017 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos profirió su Informe No. 130/17 en el Caso 13.044⁶. Tras analizar la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación al señor Petro, la Comisión concluyó que el derecho a ser elegido a un cargo de elección popular, así como el derecho a completar el respectivo mandato, constituyen uno de los atributos esenciales que integran los derechos políticos, y que la destitución e inhabilitación del señor Petro en un proceso administrativo de una sola instancia vulneró la Convención Americana en sus artículos 23.1 y 23.2⁷, pues, por tratarse de un servidor público elegido popularmente, la sanción de destitución e inhabilitación solo podía imponerse mediante *condena, por juez competente, en proceso penal*. Censuró también que un mismo órgano hubiera formulado los cargos al señor Petro y hubiera proferido el fallo para sancionarlo, por ser ello contrario a la garantía de imparcialidad, y que el proceso fuera de única instancia, con lo cual el mismo órgano que sancionó se pronunció sobre el recurso interpuesto contra el fallo sancionatorio, rechazándolo por improcedente. El proceso ante el Consejo de Estado no le daba seguridad al señor Petro, pues la suspensión provisional podía no ser sucedida por un fallo definitivo favorable a sus pretensiones, y en todo caso el tiempo transcurrido desde la sanción hasta la fecha, sin una decisión definitiva, afectaba su derecho a participar en la política electoral.

6 Publicado en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/13044FondoEs.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2022.

7 Artículo 23. Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley debe reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a los que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. Publicado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2022.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de noviembre de 2017⁸, declaró nulas las sanciones impuestas al señor Petro el 9 de diciembre de 2013, en acto que no fue revocado el 13 de enero de 2014, por considerar que la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para suspender y sancionar con destitución e inhabilidad general a un servidor público de elección popular en un asunto en el que no se probó corrupción⁹, y por violación del principio de tipicidad de la falta disciplinaria¹⁰. En esta sentencia, el Consejo de Estado exhortó:

{...} al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema

8 Sala Plena, rad. No. 110010325000201400360 00, C.P. César Palomino Cortés. Sentencia publicada en https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1892_CE-Rad-2014-00360-00%20GUSTAVO%20PE-TRO.pdf, consultado el 24 de octubre de 2022.

9 En este sentido, la interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o pro hominem, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza. **De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política, debe interpretarse así: “las respectivas sanciones” que puede imponer el Procurador General de la Nación “conforme a la Ley”, tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2).** (Las negrillas son del texto citado)

10 Porque no consideró probadas las faltas imputadas (especialmente por no haberse probado la falta de experiencia de las empresas distritales a las que se les encomendó la recolección de basuras, y porque no se probó que, al quitarle la recolección de basuras y dársela a las empresas distritales, el Alcalde Mayor hubiera ido en contra de la finalidad de alguna norma legal).

[Interamericano], a evaluar y adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El 9 de marzo de 2020, la Comisión emitió sus observaciones finales escritas¹¹, en las cuales señaló que la decisión del Consejo de Estado no deshacía la situación que había afectado al señor Petro, además de que demoró mucho en proferirla. Igualmente reiteró sus conclusiones en el Informe No. 130/17, sobre la violación de la Convención Americana por parte de la República de Colombia por su procedimiento disciplinario contra funcionarios de elección popular. El 8 de julio de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos profirió su fallo en el caso Petro Urrego vs. Colombia¹², en el cual concluyó que, por la sanción de destitución e inhabilidad general impuesta al entonces Alcalde Mayor, el Estado colombiano había vulnerado el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros aspectos.

De aquí resultó el deber para el Estado colombiano, y primariamente para la Procuraduría General de la Nación, de armonizar sus procedimientos internos con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo cual procuró hacer con el proyecto de ley que eventualmente se convertiría en la Ley 2094 de 2021.

El 25 de noviembre de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia proferida en el caso Petro Urrego vs. Colombia¹³. En lo referente al juzgamiento disciplinario, dijo la Corte:

11 Publicada en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/petro_urrego_co/09_observacionesfinales_cidh.pdf, consultado el 21 de octubre de 2022

12 Publicada en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf, consultado el 24 de octubre de 2022. La Corte también se pronunció sobre las sanciones impuestas por la Contraloría General de la República por responsabilidad fiscal.

13 Publicada en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/petro_urrego_25_11_21.pdf, consultado el 25 de octubre de 2022.

21. De acuerdo con esa interpretación [la expuesta por la Corte en el fallo del caso Petro], cuando un funcionario público de elección popular cometa una conducta ilícita que pueda culminar con la imposición de una sanción consistente en su destitución y/o inhabilitación, esta deberá ser impuesta por sentencia de “un juez competente en el correspondiente proceso penal”, **no por una autoridad administrativa a la que se han otorgado funciones jurisdiccionales.**

22. En ese sentido, **la reforma legal planteada por el Estado continúa permitiendo que un órgano distinto a un juez en proceso penal imponga restricciones a derechos políticos de funcionarios democráticamente electos, de manera incompatible con la literalidad del artículo 23.2 de la Convención Americana y con el objeto y fin de dicho instrumento.** Tampoco ha sido indicado por el Estado que se hubiere reformado de manera alguna los artículos 44 y 45 del Código Disciplinario que este Tribunal dispuso que debían ser adecuados a estándares internacionales en materia de restricción de los derechos políticos (*supra* Considerando 8.i), con lo cual **la Procuraduría General de la Nación continúa reteniendo la facultad de imponer sanciones de destitución e inhabilitación a funcionarios públicos democráticamente electos, contraviniendo lo previsto en los artículos 23.2 y 2 de la Convención.** (El resaltado es mío).

El Consejo de Estado¹⁴, al interpretar el alcance de la ya mencionada sentencia del 15 de noviembre de 2017 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, indicó que:

Para ese caso particular se adujo que, tratándose de faltas disciplinarias que no involucren actos de corrupción, la competencia de la Procuraduría General de la Nación respecto de funcionarios públicos de elección popular tan solo se encuentra restrin-

14 Sentencia del 23 de agosto de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, rad. No. 11001032500020120027600 (1016-12).

gida cuando la sanción a imponer suponga una limitante a los derechos políticos de aquellos...

{...} Si bien el fallo no ahondó en el concepto de corrupción, es preciso señalar que, en el contexto colombiano, el asunto supone la referencia obligada a dos instrumentos internacionales que fueron debidamente suscritos, aprobados y ratificados por Colombia. Se trata de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

{...} Dicho lo anterior, es de vital importancia señalar que **la sentencia del 15 de noviembre de 2017, proferida por esta Corporación, fue clara en el sentido de indicar que esta no implicaba en modo alguno despojar de competencia al órgano de control.** En primer lugar, en virtud de los efectos inter partes de la decisión, pero además porque se exhortó «{...} al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos».

Así las cosas, **aunque eventualmente y de acuerdo a la regulación que se expida en cumplimiento de dicha orden llegare a cobrar gran importancia la identificación de aquellas conductas constitutivas de actos de corrupción, lo cierto del caso es que hoy en día, en punto a definir la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular, este órgano de control no ha visto modificadas las atribuciones que le asisten en la materia.** Por el contrario, a raíz de los mencionados efectos y del plazo concedido, el

Consejo de Estado concluyó que, mientras que se adoptan los ajustes en el ordenamiento interno, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular se mantiene incólume {...} (El resaltado es mío).

Entonces, la competencia de la Procuraduría General de la Nación en materia disciplinaria no se vio modificada (como no podía serlo, por ser de origen constitucional) ni por los pronunciamientos de órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ni por el fallo proferido por el Consejo de Estado en el caso Petro. Evidentemente, el concepto desfavorable emitido por la Corte Interamericana respecto de la convencionalidad del juzgamiento disciplinario genera preocupación porque, de ser adoptado por la Corte Constitucional, implicaría un cambio de orientación respecto de su línea jurisprudencial previa sobre la facultad de la Procuraduría General de la Nación de investigar y sancionar, conforme al procedimiento disciplinario, a cualesquiera servidores públicos y a ciertos particulares.

En efecto, por parte de la Corte Constitucional, se encuentran pendientes de resolver varias demandas contra el Código General Disciplinario, en particular contra las normas de juzgamiento disciplinario¹⁵ y contra el recurso extraordinario de revisión¹⁶, entre otras disposiciones. Sin embargo, si la Corte mantiene su línea jurisprudencial sobre la materia, la estructura general del juicio disciplinario en el C.G.D. no debería encontrarse en riesgo de inexequibilidad, por no tratarse la Procuraduría General de la Nación de un juez penal, o por no garantizarse suficientemente la independencia entre la etapa de instrucción y la etapa de juzgamiento, al ser adelantadas ambas por funcionarios

15 Ver el expediente D-14804, en el que debe resolverse una demanda contra el artículo 225A del C.G.D., por el cual se establece el juzgamiento a seguir. Consultado el 24 de octubre de 2022: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A999-22.htm>,

16 Ver el expediente D-14.503, en el cual debe resolverse una demanda contra varias normas del C.G.D., en particular los artículos 238A a 238G, que regulan dicho recurso. Consultado el 24 de octubre de 2022: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A593-22.htm>

de la Procuraduría General de la Nación, en últimas sujetos al mando de la señora Procuradora General de la Nación¹⁷.

Pues la aparente tensión existente entre el artículo 277.6 de la Constitución Política¹⁸ y el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos es un asunto resuelto por la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad C-028 de 2006 (M.P. Antonio Sierra Porto), C-500 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo), C-101 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), C-106 de 2018 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), C-086 de 2019 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y en las sentencias de unificación SU-712 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio

17 Hay numerosos doctrinantes que consideran que la Ley 2094 de 2021 no resolvió la contradicción entre el procedimiento disciplinario colombiano y la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo cual la situación irregular identificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se mantiene bajo el régimen vigente. Así, Roa Salguero, en *Inconvencionalidad del Régimen Disciplinario Colombiano*, publicado en *Derecho disciplinario constitucional y convencional*, p. 15 a 66, considera que:

{...} la medida nacional para cumplir el fallo de la Corte IDH no podría ser “jurisdiccionalizar” la función disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. La solución está inmersa en el mismo contenido de la sentencia de la Corte IDH, cuando señala: “el Tribunal constata que el artículo 277.6 de la Constitución Política de Colombia faculta al Procurador para ‘ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular’, vigilancia que puede leerse en clave de una competencia constitucional investigativa e incluso acusatoria, para ser posteriormente atendida por un juez, **pero no a cargo de una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales**. Otra salida jurídica es que la Procuraduría, además de utilizar esa competencia investigativa para la generalidad de los casos, continúe imponiendo sanciones disciplinarias restrictivas de los derechos políticos, pero solo ante hechos de corrupción. **Sin embargo, permitir que la Procuraduría mantenga esa potestad también continuaría la sistemática violación a las garantías de imparcialidad y jurisdiccionalidad, tal como advirtió la Corte en su sentencia.** (p. 18 y 19, el resaltado es mío).

En el mismo, o en similar sentido, van otros textos incluidos en esta publicación.

18 **Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: {...} 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.** (El resaltado es mío)

Palacio) y SU-355 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo), así como en los fallos dictados por el Consejo de Estado, Sección Segunda del 23 de agosto de 2018¹⁹, el 15 de noviembre de 2018²⁰ y el 4 de abril de 2019²¹, en los cuales se ha señalado que una interpretación sistemática de estos instrumentos permite concluir que la Procuraduría General de la Nación es competente para investigar y sancionar servidores públicos de elección popular, con excepción de aquellos cuyo régimen disciplinario se encuentre establecido constitucionalmente. Aunque el control de convencionalidad hace parte del bloque de constitucionalidad, la interpretación de las normas constitucionales (en particular el artículo 277.6) y legales colombianas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo es vinculante en el ámbito interno si es adoptada por la Corte Constitucional, lo cual aún no ha ocurrido. El desmante de la jurisdicción disciplinaria respecto de los servidores públicos de elección popular eliminaría un importante medio de control sobre la conducta de tales servidores en el ejercicio del cargo.

Una consideración final en este punto es que, si se concluyera que los servidores públicos de elección popular no pueden ser juzgados sino por jueces penales, el juicio de pérdida de investidura de los congresistas que adelanta el Consejo de Estado tampoco pasaría el control de convencionalidad²². Es decir, parecería que el Sistema Interamericano, en lo referente al juzgamiento disciplinario de servidores públicos de elección popular, en la forma en que lo entienden los órganos de dicho Sistema, resulta contrario al ordenamiento constitucional colombiano en asuntos fundamentales.

19 Casos Senador Luis Alberto Gil y Concejal Carlos Alberto Ballesteros. Citados en sentencia T-433-19, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

20 Caso alcalde Juan Carlos Giraldo. Citado en sentencia T-433-19, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

21 Citado en sentencia T-433-19, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

22 Sobre los orígenes, la regulación y los desarrollos de la pérdida de investidura, ver vv.aa. La Pérdida de Investidura: Una Visión desde el Ministerio Público (Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2020), Consultado el 24 de octubre de 2022. Publicado en: <https://iemp.gov.co/wp-content/uploads/2021/09/Pe%CC%81rdida-de-investidura-VF.pdf>.

4. PRINCIPIOS DEL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

Aunque no los enumera de este modo, el C.G.D. sujeta el juzgamiento disciplinario a los siguientes principios:

- *La función de juzgamiento disciplinario debe ser judicial.* En contra de lo dicho por los órganos del Sistema Interamericano, esta condición se puede cumplir atribuyendo la función jurisdiccional a funcionarios de un órgano de control (no administrativo, como también lo reiteran tales órganos). Así, la Procuraduría General de la Nación está dotada de funciones jurisdiccionales que le permiten sancionar con destitución, suspensión e inhabilidad, entre otras, a quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular (art. 2º). Habida cuenta de que cualquier persona, servidor público o particular, investida de manera permanente o transitoria de funciones jurisdiccionales para cierta materia es un verdadero juez en la misma, esta asignación de funciones jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación cumpliría con el principio de “jurisdiccionalidad”, respecto del cual la Corte Constitucional ha dicho que *requiere que las acusaciones en contra del acusado sean sometidas a una estricta verificación judicial y puedan ser ampliamente controvertidas por el imputado*²³. Luis Mauricio Úsuga Mendoza²⁴ ha definido

23 Sentencia C-272-99, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

24 Úsuga Mendoza, Luis Mauricio. (2021). *Una propuesta de Derecho Disciplinario Colombiano bajo estándares convencionales, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego vs. Colombia*. Revista de Derecho Público Uruguayo y Contemporáneo, 2. Disponible en: <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=399d6ea4d95509cea0bccc-f55e5d2505>. Consultado el 24 de octubre de 2022. Si bien del texto transcrito ello no resulta evidente, este autor, junto con Villarreal Angulo, Carlos Alberto, ha considerado que la atribución de funciones jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación no satisface este principio. Ver el artículo *Diversificación de roles procesales y cambios en el régimen de sanciones del derecho disciplinario en el marco de la convencionalidad*, publicado en *Derecho Disciplinario Constitucional y Convencional* (p. 237 a 281), en el cual afirman que la atribución de funciones jurisdic-

este principio como (...) *la facultad y/o función en cabeza del Estado cuyo propósito es administrar justicia a través de órganos competentes y especializados que deberán resolver imparcialmente los planteamientos jurídicos puestos en su conocimiento, con fundamento en reglas procesales preestablecidas para la sustanciación del proceso.* Sin embargo, la Corte Constitucional ha concluido que, con tal de que se respete el régimen de impedimentos y recusaciones, tanto los particulares investidos transitoriamente de la función jurisdiccional para un asunto concreto en tanto árbitros, como los funcionarios públicos no pertenecientes a la Rama Judicial similarmente investidos, satisfacen los requisitos para la jurisdiccionalidad²⁵ (independencia, impar-

cionales a la Procuraduría General de la Nación no cumple con este principio porque:

la terceridad como componente esencial de la jurisdicción no es posible asegurarla por parte del órgano de control, por lo que de plano vulnerará la garantía de su imparcialidad objetiva. Dicho otorgamiento de funciones jurisdiccionales, además, va en contravía directa de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 y no permite asegurar (sic). Colombia, por el momento, no tendrá una autoridad judicial que aplique sanciones de destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas en materia disciplinaria, prolongando en el tiempo normativa que va en contra de la convencionalidad. (p. 280, el resaltado es mío).

25 Respecto de los árbitros, ver la sentencia C-538 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Respecto de los funcionarios de superintendencias a los que corresponde por disposición legal ejercer funciones jurisdiccionales, ver la sentencia C-117 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, aunque en esta indica igualmente las condiciones aplicables:

La Corte ha ido estableciendo en su jurisprudencia las condiciones bajo las cuales puede entenderse que las facultades jurisdiccionales asignadas a una Superintendencia son constitucionales: (i) las materias específicas deben estar precisadas en la ley, (ii) no pueden tener por objeto la instrucción de sumarios o el juzgamiento de delitos y, (iii) al interior de la Superintendencia debe estar estructuralmente diferenciado el ámbito de la función judicial del correspondiente a las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control. Por lo tanto, no pueden ser ejercidas ambas funciones por los mismos funcionarios.

Cabe preguntarse si la prohibición de instruir sumarios y juzgar delitos es igualmente predicable cuando se trata de faltas disciplinarias, de ser así no sería posible que una superintendencia instruyera un proceso disciplinario e impusiera sanciones en este.

cialidad, legalidad). Si estos argumentos son predicables respecto de un funcionario de la Rama Ejecutiva, con mayor razón resultan aplicables para alguien perteneciente a un órgano de control.

- *Revisión de las decisiones sancionatorias.* Tales decisiones, aunque sean producto de las funciones disciplinarias que se le reconocen a la Procuraduría General de la Nación, pueden ser objeto de revisión ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. La ejecución de la sanción disciplinaria, para los servidores públicos de elección popular, estará sujeta a lo que decida la autoridad judicial, que se entiende que es la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (art. 2º).
- *Las oficinas de control interno disciplinario conservan su competencia en los juicios disciplinarios, al igual que las personerías* (art. 2º), *así como la Comisión Nacional y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, en lo que les corresponde* (art. 3º).
- *Se separan las funciones de instrucción y de juzgamiento en los procesos disciplinarios.* Esta separación preserva la independencia, pues el funcionario que investiga e imputa es distinto del que juzga.
- *El fallo sancionatorio será revisado por una autoridad distinta de la que lo profirió.* Cuando el primer fallo sea proferido por el Procurador General de la Nación, se garantizará la doble conformidad²⁶ (art. 12). Esta garantía desarrolla el *principio de imparcialidad*, respecto del cual ha dicho la Corte Constitucional:

Pero las superintendencias son parte del gobierno nacional y por tanto son en esencia autoridades administrativas, por lo cual es posible que este razonamiento no se aplique de manera directa al caso de la Procuraduría General de la Nación, la cual puede, entonces, instruir y juzgar en materia disciplinaria sin ir en contra del referido principio.

26 Corte Constitucional, sentencia SU-488-20, M.P. (E) Richard S. Ramírez Grajales: *De conformidad con el entendimiento actual de la jurisprudencia constitucional,*

El principio de imparcialidad, como parte del debido proceso disciplinario, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelante la investigación, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto disciplinado como ante la causa misma y el objeto o situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir²⁷.

La doble conformidad consiste en que, para que alguien sea responsable penalmente, es necesario que una instancia condene y otra distinta ratifique la condena. En materia disciplinaria se manifiesta en que el Procurador General de la Nación decide en segunda instancia los procesos disciplinarios que conozcan las Salas Disciplinarias de la entidad o el Viceprocurador, al igual que la doble conformidad contra las decisiones sancionatorias de estos (num. 20, art. 7 y art. 74, Decreto Ley 262 de 2000). La Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento conoce de la doble conformidad contra los fallos sancionatorios emitidos por los procuradores delegados de juzgamiento, salvo cuando se trate de servidores públicos de elección popular, caso en el cual conocerá la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular (art. 22, *ibidem*). Las procuradurías delegadas de juzgamiento conocen de la doble conformidad contra los fallos sancionatorios proferidos por las procuradurías regionales de juzgamiento en segunda instancia y también de la doble conformidad contra los fallos sancionatorios emitidos por las oficinas de control interno de entidades del orden nacional en segunda instancia (nums. 3 y 6, art. 25A). Las procuradurías regionales de juzgamiento conocen la doble conformidad contra los fallos sancionatorios de segunda instancia emitidos por las oficinas de control interno de entidades municipales y distritales (num. 5, art. 75A).

el derecho a la doble conformidad exige que la primera sentencia condenatoria pueda ser revisada por una autoridad distinta a la que profirió la condena y mediante un recurso que garantice un examen integral, que permita cuestionar aspectos fácticos, probatorios y jurídicos, con independencia de la nominación del medio judicial, recurso o procedimiento que se utilice.

27 Sentencia C-762 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

5. ESTRUCTURA DEL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO EN EL C.G.D.

En el C.G.D. el juzgamiento disciplinario sucede a la etapa de instrucción, la cual concluye con la notificación del pliego de cargos (art. 225). Aunque se mantiene la denominación *auto de citación a audiencia* (v.gr, art. 223)²⁸, en realidad el proceso no es verbal sino en etapa de juzgamiento, y cuando así lo determina el funcionario de conocimiento, en su primera actuación, en la cual establece si el juicio es ordinario o verbal. Se adelantan verbalmente los juicios en que haya flagrancia o cuasiflagrancia, o cuando se trate de faltas leves, o de ciertas faltas gravísimas que allí se enumeran. El párrafo del artículo 225A permite que, aunque por cualquiera de estos factores un juicio deba ser verbal, el operador disciplinario podrá adelantarlos como ordinario, cuando existan determinadas circunstancias que así lo justifiquen, decisión que no está sujeta a recursos.

En el **juicio ordinario**, en el auto que fija el juicio a seguir, el funcionario de conocimiento dispondrá que el expediente quede a disposición de los sujetos procesales por 15 días en la secretaría, para que, si lo desean, presenten descargos y aporten o pidan pruebas (art. 225B). Vencido este término, el funcionario resolverá sobre las nulidades propuestas y ordenará las pruebas a que haya lugar, tanto de las pedidas, como de las que de oficio considere conducentes, pertinentes y útiles. El periodo para la práctica de las pruebas ordenadas será de 90 días. Las pruebas que no se practiquen ni aporten dentro de este término podrán en todo caso evaluarse (para lo cual deberán haberse practicado) cuando las haya pedido un sujeto procesal y no se hayan podido practicar por razones no imputables a este, o cuando, a juicio del funcionario de conocimiento, sean elemento probatorio fundamental para resolver el caso (art. 225C). El C.G.D. desarrolla la variación de cargos y permite que de ella se encargue el despacho

28 El artículo 72 de la Ley 2094 de 2021, en interpretación con autoridad, señala que cuando en la Ley 1952 de 2019 se emplee la expresión *auto de citación a audiencia* y formulación de cargos debe entenderse *pliego de cargos*.

de instrucción, cuando vencido el término para descargos el funcionario de conocimiento advierta un error en la calificación, caso en el cual deberá devolver el expediente para la variación, la cual se deberá formular en los 15 días. Una vez variados los cargos, procederá nuevamente la notificación del pliego y la remisión del expediente al funcionario de juzgamiento quien *ordenará dar aplicación al artículo 227 para que se continúe con el desarrollo de la etapa de juicio* (art. 225D). Esta disposición indica que, cuando un proceso disciplinario se adelanta como juicio verbal y haya lugar a la variación del cargo por error en la calificación, el juicio pasará a tramitarse como verbal, puesto que el artículo 227 corresponde a este tipo de juicio. Si el instructor no varía el pliego de cargos, el juzgador podrá anular el pliego y devolver el expediente. Hay otra modalidad de variación, la que resulta de una prueba sobreviniente en descargos. En tal caso la ley permite que el funcionario de juzgamiento varíe el cargo *sin que ello implique juicio sobre la responsabilidad*. Es manifiesto el riesgo de que esto vulnere el principio de independencia entre instrucción y juzgamiento, puesto que el pliego de cargos es el acto culminante de la primera, mientras que el fallo lo es del segundo, por lo cual podría ser prudente que el funcionario de juzgamiento que varíe el cargo lo remita a otro funcionario de juzgamiento para que prosiga con el juicio, aunque la ley permite que el mismo funcionario de juzgamiento siga conociendo. Los cargos variados dan lugar a un término de 10 días para descargos y, si hay lugar a la práctica de pruebas, se dispone del término máximo de 2 meses para ello (art. 225D).

Cuando termine la etapa probatoria habrá un traslado común de 10 días para alegar en conclusión (art. 225E). Vencido este término, el funcionario de juzgamiento fallará dentro de los 30 días hábiles siguientes (art. 225F). El fallo se notificará personalmente y, si eso no fuere posible, por edicto. Contra el fallo procede el recurso de apelación, el cual deberá interponerse y sustentarse en un término de 10 días.

En el juicio verbal, el auto que fije el juicio a seguir establecerá la fecha y hora de la audiencia para descargos y pruebas, la que deberá tener lugar entre los 10 y 20 días siguientes a la fecha del auto

de citación (art. 225H). La audiencia se grabará, de cada sesión se levantará un acta que deberán firmar todos los intervinientes (no solo el funcionario de conocimiento, como en el C.D.U.), y al finalizar cada sesión se fijará *junto con los sujetos procesales la hora, fecha y lugar de continuación de la audiencia*. Y no pueden resolverse solicitudes sino en audiencia (art. 226). En la instalación de la audiencia, el funcionario de juzgamiento verificará la presencia del disciplinable o de su defensor y presentará un resumen de los hechos y cargos. Si el disciplinable está acompañado de su abogado, se le preguntará si confiesa y acepta cargos (total o parcialmente). De aceptar, se aplicará el artículo 162. Si el disciplinable desea acogerse a este beneficio (que implica la rebaja de la pena en una tercera parte si la confesión o aceptación de cargo fuere total), pero no está acompañado de su abogado, se suspenderá la audiencia por 5 días para designar un apoderado de oficio, o para que comparezca un apoderado de confianza. Si la confesión o aceptación de cargo fuere parcial, el funcionario de juzgamiento romperá la unidad procesal para que él mismo juzgue por separado los cargos no aceptados. Si no hubiere confesión total, concederá el uso de la palabra a los sujetos procesales, para que presenten solicitudes, invoquen nulidades y soliciten o aporten pruebas. Tras quedar en firme la decisión sobre las nulidades (asumiendo que ninguna de ellas prospere), resolverá sobre las pruebas pedidas y decretará las pruebas que sean conducentes, pertinentes y útiles. Contra la negativa de práctica de pruebas solicitadas, procede el recurso de apelación, el cual deberá interponerse y sustentarse en la misma sesión. Las pruebas deberán practicarse en un término de 20 días, prorrogables por una sola vez por otro tanto, con decisión motivada. Es posible ordenar la práctica de pruebas por comisionado (art. 227). A la audiencia deben asistir el disciplinable y su apoderado. Si no asistiera el segundo, la audiencia se realizará con el primero; si no asistiera ninguno de los dos, la audiencia no quedará viciada pero el funcionario de juzgamiento nombrará un defensor de oficio. Esto no impide que el disciplinable y su apoderado se hagan presentes en la audiencia cuando quieran, pero asumirán el proceso en

el estado en que se encuentre. Lo propio ocurre cuando se sustituya el poder (art. 228).

En caso de considerarlo necesario, el funcionario de conocimiento podrá devolver el expediente para variación de cargo por error en la calificación, por decisión motivada. Si el instructor varía el cargo, tras notificar el auto remitirá la actuación al funcionario de juzgamiento quien deberá instalar la audiencia dentro del mismo término general previsto para ello. Si el instructor no varía el pliego de cargos, lo informará al funcionario de juzgamiento, quien podrá decretar la nulidad del pliego. Si agotada la etapa probatoria el funcionario de juzgamiento concluyera que hubo prueba sobreviniente que debe dar lugar a la variación del cargo, *procederá a la variación en audiencia, sin que ello implique un juicio previo de responsabilidad*. Con esto se suspenderá la audiencia, la cual continuará dentro de los 5 a 10 días siguientes. Al reanudarse la audiencia, la defensa podrá presentar descargos y solicitar o aportar pruebas, así como solicitar nulidades. Resueltas las nulidades y decretadas las pruebas, estas deberán practicarse dentro de los 5 días siguientes (art. 229). Si no hubiera lugar a practicar pruebas, o se hubieran practicado las ordenadas, el funcionario de juzgamiento correrá traslado para alegar por un término de 10 días. Oídos los alegatos el funcionario tendrá 15 días para emitir el fallo (art. 230). La decisión se notifica en estrados y quedará ejecutoriada al terminar la audiencia si no fuere recurrida (art. 232). El recurso de apelación deberá interponerse y sustentarse en la misma diligencia verbalmente, o por escrito, dentro de los 5 días siguientes (art. 233).

Apelado el fallo, la decisión corresponde al funcionario de segunda instancia, quien dispondrá de 45 días para proferirla después de recibido el proceso (art. 234). En segunda instancia, o en procesos de doble conformidad, excepcionalmente podrán decretarse pruebas de oficio, cuando estas *puedan modificar sustancial y favorablemente la situación jurídica del disciplinado (favor rei)*. Practicadas las pruebas, se correrá traslado de ellas por 5 días y luego deberá fallar en los 40 días siguientes (art. 235).

6. NOVEDADES DE INTERÉS DEL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO EN EL C.G.D., RESPECTO DE LA ETAPA DE DESCARGOS, PRUEBAS Y FALLO EN EL C.D.U.

Los siguientes aspectos son de especial interés en el juzgamiento disciplinario respecto del régimen del C.D.U:

- En el C.D.U. el procedimiento ordinario era la regla general. En el C.G.D. ello es discutible y en algunos aspectos parecería que el juicio verbal es el general y el ordinario es la excepción, como resultaría del párrafo del artículo 225A que permite que, de manera excepcional (aunque más bien fácil de configurar), cargos que deberían resolverse en un juicio verbal se resuelvan en uno ordinario.
- Las causales que dan lugar al juicio verbal no son iguales en los dos códigos disciplinarios. La principal diferencia está en la causal del inciso cuarto del artículo 175 del C.D.U., incluido allí por el artículo 57 de la Ley 1474 de 2011, consistente en que *en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieron dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia*. Esta causal dio lugar a controversia puesto que en la práctica parecía que en muchos casos dejaba en manos del funcionario de instrucción (que era el mismo del conocimiento) la decisión de si adelantaba un proceso como ordinario o como verbal, lo cual en algunos casos se consideró por los defensores de disciplinables como una violación al debido proceso. Sin embargo, la Corte Constitucional la declaró ajustada a la Constitución²⁹. Igualmente se prevé el juicio verbal para

29 Sentencia C-242 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

los casos en que haya confesión (opción que el C.D.U. no previó). Hay también algunas faltas gravísimas del artículo 48 del C.D.U. que antes debían tramitarse como verbales, las cuales ya no aparecen en la enumeración del artículo 225A del C.G.D. Una de las faltas gravísimas que daban lugar al proceso verbal dejó de ser falta gravísima, la prevista en el numeral 35 del artículo 48: *Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo*. El numeral 57 *ibidem*, que también daba lugar al proceso verbal desapareció como falta gravísima:

57. No enviar a la Procuraduría General de la Nación dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del fallo judicial, administrativo o fiscal, salvo disposición en contrario, la información que de acuerdo con la ley los servidores públicos están obligados a remitir, referida a las sanciones penales y disciplinarias impuestas, y a las causas de inhabilidad que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las declaraciones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía.

- El régimen de variación de cargos es totalmente diferente (art. 165 C.D.U. vs. art. 225D C.G.D.). El régimen anterior no precisaba el trámite a seguir en la variación de cargos, ni siquiera establecía los términos que debían darse a los sujetos procesales después de notificarse los pliegos variados, lo cual seguramente explica por qué esta figura fue de muy escasa utilización en el régimen derogado.
- Entre los requisitos de los fallos en proceso ordinario se incluye el *análisis de la ilicitud del comportamiento* (num. 6, artículo 225F del C.G.D.), inadvertidamente omitido en el artículo 170 del C.D.U., pero hay una causal duplica-

da, *la fundamentación de la calificación de la falta*, la cual aparece en los numerales 5 y 8 del artículo 225F.

- La confesión del disciplinable no se menciona en el juicio ordinario, sino solo en el verbal, por lo cual el régimen aplicable en este deberá aplicarse analógicamente al primero (artículo 227, C.G.D.).
- Anteriormente era posible rendir versión libre hasta la fecha del fallo (numeral 3, artículo 92, C.D.U.), lo cual era extremadamente inconveniente, especialmente en los procesos verbales. En la nueva norma solo se puede hacer uso de este derecho hasta la fecha de alegatos de conclusión (numeral 3, artículo 112, C.G.D.). La variación de cargos también podía hacerse hasta la fecha del fallo (artículo 165, C.D.U.), lo cual tenía incluso menos sentido que permitirlo para la versión libre, mientras que en el C.G.D. la variación de cargos solo procede hasta la práctica de pruebas en descargos (art. 225D).
- La norma sobre cómo proseguir la audiencia en caso de renuencia del disciplinable y su defensa a comparecer es muy valiosa para disuadir de estas maniobras dilatorias (art. 228, C.G.D.).

Obviamente, hay otras variaciones en las distintas actuaciones (notablemente los términos para la interposición y sustanciación de recursos, que son mucho más generosos en el C.G.D. que en el C.D.U., así como las referentes a la dosimetría de la sanción), y en muchos otros aspectos menores, particularmente en la conducción de la audiencia en el proceso verbal, pero no viene al caso mencionarlos en este artículo.

CONCLUSIONES

El juzgamiento disciplinario es el modo como el Estado colombiano ha armonizado la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro con el ordenamiento interno, para evitar la vulneración de las normas de la Carta Interamericana que protegen los derechos a elegir y ser elegido, y el derecho a que los elegidos ejerzan la representación que recibieron de los electores, pero dejando a salvo el ordenamiento constitucional interno que, desde hace mucho tiempo, ha radicado funciones disciplinarias en la Procuraduría General de la Nación. Los fallos disciplinarios son proferidos por funcionarios distintos de quienes investigaron e imputaron a los disciplinables. Los falladores son investidos de funciones jurisdiccionales en virtud de la ley. Igualmente se preserva la doble instancia y la doble conformidad en los casos de los fallos sancionatorios contra funcionarios de elección popular. Se trata de un procedimiento con dos modalidades (ordinaria y verbal) que preservan la presunción de inocencia y todas las garantías procesales para los involucrados. Si bien no hubiera sido necesario extender estas disposiciones a todos los disciplinables, pues la decisión de la Corte Interamericana solo se refiere a servidores públicos de elección popular, la ley es igual para todos los disciplinables, sean investigados y juzgados por la Procuraduría General de la Nación, las personerías o las oficinas de control interno disciplinario de las distintas entidades y órganos. El C.G.D., además, extiende a tales sujetos otros beneficios, como la posibilidad de aceptar cargos y confesar, con lo cual se benefician de la reducción en las sanciones imponibles, tal como ocurre en materia penal.

En tiempos recientes se ha difundido en ciertos medios la opinión de que el juzgamiento disciplinario por parte de funcionarios de la Procuraduría General de la Nación en algunos casos no garantiza suficientemente el debido proceso, y particularmente la presunción de inocencia, porque todos esos funcionarios son

subalternos de la Procuradora General de la Nación. Sin embargo, el procedimiento disciplinario establece numerosas oportunidades para que los disciplinables hagan valer sus derechos, y en todo caso cuentan con el recurso extraordinario de revisión contra las decisiones sancionatorias. Nótese que similares críticas se han oído en relación con las Altas Cortes, los jueces de la República y la Fiscalía General de la Nación. Se ha dicho que la procedencia del recurso extraordinario de revisión indica que en realidad los fallos de la Procuraduría no son judiciales sino administrativos, pero esto es un error, puesto que no cabe duda, por ejemplo, de que los laudos arbitrales son verdaderas sentencias y, sin embargo, contra ellos procede no solo el recurso extraordinario de revisión sino también el de anulación. En todo caso, los funcionarios de juzgamiento de la Procuraduría General de la Nación deben diariamente evidenciar su independencia e imparcialidad en todas sus determinaciones, así como un escrupuloso acatamiento del debido proceso, pues un sistema judicial es tan bueno, imparcial e independiente como lo sean las personas que lo administran.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES PRIMARIAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 130/17 en el Caso 13.044 Gustavo Petro Urrego
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones Finales Escritas en el caso 13.044 Gustavo Petro Urrego
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 8 de julio de 2020 Caso Petro Urrego vs. Colombia
- Corte Interamericana de Derechos, resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia proferida en el caso Petro Urrego vs. Colombia

SENTENCIAS

Consejo de Estado

- Sentencia del 15 de noviembre de 2017, Sala Plena, rad. No. 110010325000201400360 00, C.P. César Palomino Cortés
- Sentencia del 23 de agosto de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, rad. No. 11001032500020120027600 (1016-12), C.P. William Hernández Gómez.

Corte Constitucional

- Sentencia C-272-99, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia C-948 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis
- Sentencia C-028 de 2006, M.P. Antonio Sierra Porto
- Sentencia C-117 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- Sentencia C-762 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Sentencia SU-712 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
- Sentencia C-500 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo
- Sentencia SU-355 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo)
- Sentencia C-538 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

- Sentencia C-101 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
- Sentencia C-106 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo
- Sentencia C-086 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
- Sentencia SU-488-20, M.P. (E) Richard S. Ramírez Grajales

ARTÍCULOS

- Úsuga Mendoza, Luis Mauricio. (2021). *Una propuesta de Derecho Disciplinario Colombiano bajo estándares convencionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego vs. Colombia*. Revista de Derecho Público Uruguayo y Contemporáneo.
- Úsuga Mendoza, Luis Mauricio y Villareal Angulo, Carlos Alberto, desarrolla este concepto en su artículo *Diversificación de roles procesales y cambios en el régimen de sanciones del derecho disciplinario en el marco de la convencionalidad*, publicado en *Derecho Disciplinario Constitucional y Convencional*. (p. 237 a 281)
- VV.AA. *La Pérdida de Investidura: una visión desde el ministerio público* (Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2020)

DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO LEY 1952 DE 2019 – LEY 2094 DE 2021

DIOMEDES YATE CHINOME¹

PROCURADOR DELEGADO EN LA SALA DISCIPLINARIA DE INSTRUCCIÓN

RESUMEN:

La potestad disciplinaria fue impactada por la decisión que asumió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sen-

1 Abogado de la Universidad INCCA De Colombia, Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Actualmente, Procurador Delegado en la Sala Disciplinaria de Instrucción de la Procuraduría General de la Nación. Se desempeñó como abogado litigante, asesor y consultor externo de entidades públicas en materia del derecho sancionatorio, con énfasis en asuntos de responsabilidad disciplinaria, derecho contravenacional policivo y de responsabilidad fiscal. Profesor en el área de derecho disciplinario en el curso de especialización en esta materia en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, y docente en la materia de otras Universidades. Miembro fundador del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Como investigador ha producido obras tales como: 1. “Del régimen de las pruebas y de las nulidades en el nuevo Código General Disciplinario”, Editado por la Editorial IBAÑEZ, Bogotá, enero de 2021; 2. “De la Ley disciplinaria al amparo de los principios rectores —Tendencias y proyecciones—”. Actualizado con la Ley 1952 de 2019, 2ª ed., Editorial IBAÑEZ, Bogotá, Colombia, julio de 2020; 3. “Estudio Sistemático de las Faltas Gravísimas —Derecho Disciplinario Parte Especial—”. Obra compartida cuya 2ª edición actualizada, con el CGD, se encuentra en imprenta; 4. “Estudio Sistemático de los tipos disciplinarios —Ley 1123 de 2007—”, trabajo realizado por encargo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, año 2013; 5. “De las pruebas judiciales y de las nulidades en materia de Derecho Jurisdiccional Disciplinario”. Trabajo realizado por encargo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, año 2013. Con anterioridad se desempeñó como servidor público en la Procuraduría General de la Nación, Conjuez en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Juez Administrativo en el Circuito de Ibagué, Tolima. Subgerente administrativo de la Industria Licorera de Boyacá y Personero Municipal de Paipa, Boyacá.

tencia de ocho (8) de julio de 2020, caso Gustavo Petro Urrego Vs. Estado Colombiano. En respuesta del Estado Colombiano a los mandatos allí contenidos y, particularmente, de la actual administración de la Procuraduría General de la Nación, en cabeza de la Dra. Margarita Cabello Blanco, se propuso e impulsó en el Congreso de la República, la que finalmente se erigió en la Ley 2094 de 2021, con la que se modificó la Ley 1952 de 2019, mismas que integran el Código General Disciplinario, con el que se deroga la Ley 734 de 2002 o —CDU—; CGD en el que una de sus mayúsculas modificaciones se contrae a la atribución de funciones jurisdiccionales a la PGN, para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular y, con base en ello, adelantar las investigaciones disciplinarias y sancionarlos con destitución, suspensión e inhabilidad, entre otras. Y producto de dicha atribución es que las decisiones sancionatorias que pongan fin a la actuación disciplinaria, así como las absolutorias y de archivo, cuando en ellas se han controvertido conductas con las que se ha violado el DIDH, o infringido el DIH, como las decisiones de doble conformidad, serán susceptibles de ser revisadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a través del llamado “recurso extraordinario de revisión”, el mismo sobre el que trata esta monografía en la que se aborda, en un lenguaje elemental, mas no por ello menos profundo y riguroso, sus especificidades, sus características, sus particularidades y, en fin, las reglas normativas que le son inherentes y le gobiernan de principio a fin.

PALABRAS CLAVE:

Derecho disciplinario, Procuraduría, Potestad disciplinaria, Recurso extraordinario, Recurso de revisión, Funciones jurisdiccionales, Corte Interamericana, Estado Colombiano, Ley 1952 de 2019, Ley 2094 de 2021, Decisión sancionatoria, Fallo absolutorio, Fallo de archivo, Doble conformidad, Sanciones.

ABSTRACT:

As a result of the Inter-American Court of Human Rights decision that took place following the case *Petro Urrego v. Colombia*, in a decision that took place on July 8, 2020; the disciplinary power of the Inspector Attorney General was struck. In response to the decision, and with the aim of enforcing and complying the court sentence, the current administration of the Inspector Attorney General's office, headed by Ms. Margarita Cabello Blanco, addressed and promoted in the Colombian Congress the Law 2094 of 2021, which amended Law 1952 of 2019, and repealed Law 734 of 2002, known as the former disciplinary code. One of its major modifications included the attribution of jurisdictional power to the Inspector Attorney General's Office for the surveillance of the official conduct of those who perform public functions, including those elected democratically. The new law allows that sanctioning decisions that can put an end to the disciplinary procedure, the acquittals and dismissals, when in dispute of conducts that may be subject of international humanitarian law or international human rights law, can be reviewed by a different jurisdiction: the contentious-administrative jurisdiction. The review mechanism is known as the "extraordinary revision appeal" or "extraordinary remedy of appeal", this monography addresses its specificities, characteristics, particularities and, finally, the normative rules that are inherent to it.

KEYWORDS:

Disciplinary law, Inspector Attorney General's Office, Disciplinary authority, Extraordinary appeal mechanism, Point of law appeal mechanism, Jurisdictional role, Interamerican Human Rights Court, Colombian State, Law 1952 2019, Law 2094 2021, Sanctioning decision, Absolutory rulings, Filing process, Two-fold conformity, Sanction.

INTRODUCCIÓN

La potestad disciplinaria, como especie del *ius puniendi* del Estado, particularmente a cargo de la Procuraduría General de la Nación², fue impactada por la decisión que asumió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de ocho (8) de julio de 2020, caso Petro Vs. Estado Colombiano³.

En esa sentencia la Corte Interamericana dispuso que, del artículo 23.2 de la Convención Americana o Pacto de San José, se desprende la existencia de una regla clara, conforme a la cual la sanción de **inhabilitación** para ser elegido en un cargo de elección popular no puede ser impuesta sino a través de una condena, por juez competente, en proceso penal⁴.

Y comoquiera que los servidores públicos de elección popular venían siendo cobijados por sanciones de inhabilitación proferidas por el máximo órgano de control disciplinario⁵, mediante decisiones o fallos de carácter meramente administrativo y no propiamente decisiones judiciales o jurisdiccionales, el Estado Colombiano, a través del Congreso de la República —Cámara de Representantes y Senado—, en su función de hacer y dictar las leyes, para

2 En adelante, para referirnos a este organismo de control disciplinario, utilizaremos la abreviatura: PGN.

3 Consultar: GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y GÓMEZ BARRANCO, María Marta: “Derecho Sancionador y Derecho Disciplinario —Vicisitudes a propósito de la Sentencia de julio 8 de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Ley 2094 de 2021—”. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, Julio de 2021.

4 En la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 23, se lee: **“Derechos políticos. [...] 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”**. (Resaltado DYCH.)

5 Entiéndase, Procuraduría General de la Nación, órgano de control disciplinario y titular de la acción disciplinaria que conforme a lo previsto en los artículos 44-1, y 46 de la Ley 734 de 2002, estaba facultada para imponer a servidores públicos de elección popular, entre otros, sanciones de destitución e inhabilitación general entre diez (10) y veinte (20) años.

acatar el mandato de la Corte Interamericana, tramitó y aprobó la Ley 2094 de 2021⁶, en la que le atribuyó a la PGN funciones de naturaleza judicial o jurisdiccional propiamente dichas.

Es así como, en el artículo 1° de la Ley 2094 de 2021, que modificó el artículo 2° de la Ley 1952 de 2019, se dispone bajo el rótulo de: **“Titularidad de la potestad disciplinaria, funciones jurisdiccionales de la Procuraduría General de la Nación e independencia de la acción”**, lo siguiente:

1. Que el Estado es el titular de la potestad disciplinaria⁷.
2. Que se le atribuyen a la PGN funciones jurisdiccionales para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular, y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley.
3. Que las decisiones sancionatorias que pongan fin a la actuación disciplinaria, y producto de las funciones jurisdiccionales que se le reconocen a la PGN, serán susceptibles de ser revisadas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en los términos establecidos en esta Ley.
4. Que la competencia de la PGN es privativa para conocer de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de elección po-

6 Por medio de la cual se reforma la Ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones; a su turno, la Ley 1952 de 2019 es aquella por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

7 Sobre el tema referido a la potestad disciplinaria, recomiendo la lectura de la obra: **“Fundamentos Constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado Colombiano”**, autoría del ilustre y consagrado profesor FORERO SALCEDO, José Rory, quien con exquisita filigrana teje de manera delicada, profunda y pulida, las bases históricas del derecho disciplinario; el derecho disciplinario y las relaciones especiales de sujeción; los límites materiales a la potestad disciplinaria y sus consecuencias de la legalidad sancionadora disciplinaria; los límites procesales a la potestad disciplinaria del Estado emanado del debido proceso; entre otros delicados y complejos temas.

pular y de sus propios servidores, salvo los que tengan fuero especial y el régimen ético disciplinario, en el ejercicio de la función, de conformidad con el artículo 185 de la Constitución Política.

Por supuesto que esta norma, prevista en el artículo 1° de la Ley 2094 de 2021, ha desatado una tormenta de opiniones y manifestaciones en contra, al punto que cursan sendas demandas ante la Corte Constitucional, solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad de ella, básicamente bajo el argumento de que se viola la Carta Política al atribuirle a una autoridad, como lo es la PGN, funciones o atribuciones jurisdiccionales; amén de que, se alega que lo dispuesto en el artículo 1° *ibidem*, no cumple con lo ordenado por la Corte Interamericana en la sentencia de ocho (8) de julio de 2020 y que, por lo mismo, el Estado Colombiano sigue violando el “Pacto de San José”, aplicable en nuestro ordenamiento jurídico interno en virtud del bloque de constitucional, en lo que a la potestad disciplinaria concierne⁸.

Comoquiera que esta monografía tiene por tema central el estudio del llamado “**Recurso extraordinario de revisión**”, no me detendré en el análisis del debate planteado, en el entendido además de que, frente a dicho tema, la última palabra la tiene nuestra Corte Constitucional.

Ahora bien, cierto es que podría pensarse que, lo expuesto bajo esta monografía, pueda ser un salto al vacío, por cuanto si, la guardiana de nuestra Carta Política llegare a declarar inconstitucional el artículo 1° de la Ley 2094 de 2021, que modificó el artículo 2° de la Ley 1952 de 2019, pues no tendría ninguna operancia el recurso extraordinario de revisión, y lo aquí expuesto quedará como una mera quimera. Sin embargo, soy de los que piensan y conciben que, nuestra Corte Constitucional, en su sabiduría y conforme a la amplia y rigurosa

8 El “Pacto de San José” fue aprobado por el Congreso de la República, mediante la Ley 16 del treinta (30) de diciembre de 1972: “Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el veintidos (22) de noviembre de 1969”.

exposición que contiene el concepto emitido por el despacho de la señora Procuradora Margarita Cabello Blanco ante esa Corporación, pidiendo la declaratoria de exequibilidad, entre otras, de la norma aludida, la declarará ajustada a la Constitución y, precisamente, ese optimismo es el que me lleva a abordar el tema que aquí propongo.

DEL “RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN” EN EL CGD

Para adentrarnos en el tema precisemos que, en el artículo 2º, inciso 3º, de la Ley 2094, se lee lo siguiente: *“las decisiones sancionatorias que pongan fin a la actuación disciplinaria y producto de las funciones jurisdiccionales que se le reconocen a la Procuraduría General de la Nación, serán susceptibles de ser revisadas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en los términos establecidos en esta Ley”*.

Lo así dispuesto por el legislador se erige en piedra angular del llamado **“recurso extraordinario de revisión”**, mismo con el que cuentan los sujetos procesales para la revisión de las decisiones que ponen fin a la actuación disciplinaria, como producto de las funciones jurisdiccionales que se le han otorgado a la PGN en los casos expresamente previstos y, de cuyo conocimiento se encargará la jurisdicción contenciosa administrativa.

Nótese que, en el texto del artículo 2º, inciso 3º, de la Ley 2094, se lee que la revisión de las decisiones sancionatorias que pongan fin a la actuación disciplinaria, proferidas al amparo de las funciones jurisdiccionales que se le otorgan a la PGN, se harán “[...] *en los términos establecidos en esta Ley*”; pues, esos “*términos*”, no son otros que los previstos por el legislador en el Título XI, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por la Ley 2094 de 2021, artículos 238A a 238G, bajo el rotulo de: **“Recurso Extraordinario de Revisión”**.

Entonces, de lo que se trata nuestro trabajo es abordar pacíficamente lo concerniente a este instrumento legal, denominado: **“Recurso**

extraordinario de revisión", lo cual haremos partiendo de una propuesta de definición del mismo, para con base en ello adentrarnos en sus intrínquilis y explicar cada una de las especificidades que le son inherentes, a saber i) decisiones contra las que en concreto procede este recurso, y qué pasa con el control de legalidad de los fallos definitivos proferidos por los demás titulares de la acción disciplinaria; ii) cuáles son las autoridades judiciales competentes para conocer y resolver este recurso; iii) qué término y especificidades se tiene para interponerlo; iv) cuáles son y qué exigencias traen los requisitos para su admisión y procedencia; v) cómo está regulado el tema de la admisión o rechazo del recurso; vi) qué hay con el tema de la sentencia; vii) y, por último, analizaremos rigurosamente cada una de las causas que el legislador previó para la procedencia de este.

NOCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN PREVISTO EN EL CGD

Sea oportuno entender que, cuando se alude al Código General Disciplinario (en adelante CGD), estamos haciendo referencia al conjunto de principios rectores y reglas que, a manera de normas legales, están organizadas de manera sistemática en las leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021, con las que se derogó la Ley 734 de 2002 o CDU⁹.

Ahora bien, si de una **definición del "recurso extraordinario de revisión"** se trata, proponemos la siguiente:



El recurso extraordinario de revisión es un instrumento de creación legal, con el que cuentan los sujetos procesales para atacar ante la jurisdicción contenciosa administrativa: i) las decisiones sancionatorias ejecutoriadas dictadas por la PGN, en ejercicio de la potestad

⁹ Con excepción del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, por así disponerlo el párrafo 2° del artículo 265 de la Ley 2094 de 2021.

disciplinaria jurisdiccional; ii) las decisiones sancionatorias ejecutoriadas dictadas por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, relacionadas con conductas violatorias del DIDH y de infracciones al DIH; iii) las decisiones resultado de la doble conformidad, dictadas por el Procurador General de la Nación, a fin de que sea revisada su legalidad y, en todo caso, gobernado este recurso, por específicas normas que determinan su ritualidad sustancial y procesal.



Pasemos a explicar el contenido de esta definición.

1. INSTRUMENTO DE CREACIÓN LEGAL – RESERVA LEGAL

Como recurso que es, se trata de un instrumento legal, pues es de creación directa del legislador en ejercicio de sus facultades constitucionales y conforme el principio de legalidad que, a manera de mandato exclusivo y excluyente, lo faculta para que determine la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (Art. 124 Constitucional)¹⁰.

10 Nuestra Corte Constitucional, en sentencia C-818 de 2005, nos explica que: “[...] Conforme al **principio de legalidad**, el comportamiento sancionable, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar previamente definidos, en forma suficientemente clara, por la ley. Este principio comprende una doble garantía. La primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública y las sanciones correspondientes por su realización. La segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la Administración. [...] El principio de reserva de ley se manifiesta en la obligación del Estado de someter el desarrollo de determinadas materias o de ciertos asuntos jurídicos necesariamente a la ley o, al menos, a tener como fundamento la preexistencia de la misma. Así lo reconoce expresamente el artículo 29 del Texto Superior, cuando establece que nadie podrá ser juzgado sino “conforme” a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Ahora bien, como lo expresé en líneas atrás, en la academia se pone en tela de juicio la constitucionalidad de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 1° de la Ley 2094 de 2021, de manera que, si la Corte así lo considera, por sustracción de materia, quedaría sin vigencia lo previsto en el artículo 238A y siguientes del CGD, pues las decisiones de la PGN seguirían siendo actos administrativos propiamente dichos, controlables en la jurisdicción contenciosa administrativa, por virtud y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, como venía sucediendo en vigencia del CDU.

2. RECURSO AL SERVICIO DE LOS SUJETOS PROCESALES

2.1. DEL CASO DE LOS SUJETOS PROCESALES

El recurso extraordinario de revisión **no** opera de forma automática o, si se quiere, oficiosa. Se trata de un recurso cuyo ejercicio debe promover el sujeto procesal que acredite estar legitimado en la causa para ello; se trata de una actuación rogada.

Ahora bien, el artículo 109 de la Ley 1952 de 2019 se refiere a quienes tienen la condición de sujetos procesales en la actuación disciplinaria y, allí se prevé que podrán intervenir en ella en esa calidad: i) el investigado y su defensor; ii) el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina

{...} la reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva legal entraña, como forma de asegurar que la regulación en los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes.

Judicial o quienes hagan sus veces¹¹ o en el Congreso de la República contra los funcionarios a los que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política; iii) las víctimas de conductas violatorias de derechos humanos y el derecho Internacional Humanitario¹²; iv) las víctimas de acoso laboral y; v) la PGN, en ejercicio del poder de supervigilancia administrativa y cuando no se ejerza el poder preferente.

2.2. DEL CASO DEL QUEJOSO

En lo que toca con el “**quejoso**”, la Corte Constitucional se refiere a él como aquel que puede actuar en los procesos disciplinarios, no como sujeto procesal, sino como un interviniente con atribuciones limitadas e interesado en la defensa del ordenamiento jurídico y no en la prosperidad de una pretensión particular y específica¹³.

Es así como, el parágrafo 1º del artículo 110 de la Ley 1952 de 2019, en primer lugar concibe al quejoso como un sujeto de actos procesales, mas no como sujeto procesal¹⁴; y, en segundo lugar, limita su actuación en el proceso y lo habilita solamente para i) presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento; ii) aportar las pruebas que tenga en su poder y; iii) recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio.

11 En el artículo 72 de la Ley 2094 de 2021, refiriéndose al sentido de algunas expresiones de la Ley 1952 de 2019, se prevé que: “La expresión “o el que haga sus veces” que acompaña a la nominación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, se entenderá eliminada”.

12 Este tema puede ser consultado ampliamente en la Sentencia C-014 de veinte (20) de enero de 2004.

13 Cft. “Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-014 de veinte (20) de enero de 2004”.

14 Consultar: GÓMEZ QUINTERO, Sofia, GALINDO GONZÁLES, WILSON DAVID, ARAUJO HERNÁNDEZ, Yvette & RESTREPO RAMÍREZ, Sirlí Lorena: “Debates fundamentales sobre derecho disciplinario —Del quejoso disciplinario—”, Obra Colectiva, Tomo IV, Ensayo No.17, Bogotá, Colombia, mayo de 2022. p. 709 a 728.

Ahora bien, pese a que en el proceso disciplinario el quejoso es un sujeto de actos procesales, mas no un sujeto procesal, conforme al artículo 238D de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 57 de la Ley 2094 de 2021, este está facultado para interponer o promover el recurso extraordinario de revisión ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en el caso de las decisiones absolutorias o de archivo cuando se trate de conductas referidas a violaciones del DIDH e infracciones del DIH.

Entonces, debemos entender que la facultad que le asiste al quejoso, para hacer uso del recurso extraordinario de revisión en los casos específicamente reseñados, la tiene como una atribución limitada y circunscrita a la defensa del ordenamiento jurídico y no en la prosperidad de una pretensión particular y específica

3. RECURSO EXTRAORDINARIO PARA ATACAR DECISIONES QUE DEBEN ESTAR PRECEDIDAS DE UN DEBIDO PROCESO

En la Doctrina se lee que el debido proceso no es solo el seguimiento mecánico de unas reglas de procedimiento; pues si así fuera, se estaría frente a un simple y llano proceso legal, pero más que eso lo protegible mediante ese derecho es un proceso justo. Es imperativo respetar los principios de legalidad de las faltas y las sanciones (tipicidad), antijuridicidad, y culpabilidad de la conducta, así como las procesales de publicidad, inmediatez, necesidad de la prueba, presunción de inocencia, defensa y contradicción, juez natural o legal (competencia), favorabilidad, proporcionalidad, *no reformatio in pejus*, *non bis in idem* y, lo más importante, el derecho mismo¹⁵.

Básicamente, conforme a lo anotado respecto al debido proceso, y lo previsto al artículo 3° de la Ley 2094 de 2021, que modificó el artículo 12 de la Ley 1952 de 2019, todo disciplinable deberá ser

15 Cft. LAVERDE ÁLVAREZ, Juan Manuel: "Manual de procedimiento administrativo sancionatorio", 2ª edición 2018, Editorial Legis, p. 23.

investigado y luego juzgado por funcionario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, quienes deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal¹⁶; amén de que, en el proceso disciplinario, debe garantizarse que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento.

Entonces, lo que se persigue con el recurso extraordinario de revisión, es precisamente que, una autoridad judicial diferente, revise si la decisión final sancionatoria, de auto de archivo o absolutoria, relacionadas estas últimas con conductas referidas a DIDH o DIH., debidamente ejecutoriadas proferida por la PGN., en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, ha respetado todas y cada una de las garantías que devienen de la aplicación del mandato superior que alude al debido proceso (Art. 29 Constitucional).

Digamos, también, que es con la culminación de la fase o etapa de juicio en donde se activa el recurso extraordinario de revisión, dado el nuevo rol llamado a ser desempeñado por la autoridad disciplinaria: una que instruye y otra que juzga.

4. DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

El artículo 54, de la Ley 2094 de 2021, adicionó a la Ley 1952 de 2019, el artículo 238^a, para disponer allí que el recurso extraordinario de revisión procede contra las siguientes decisiones:

4.1. EL FALLO SANCIONATORIO

En nuestro criterio, el fallo sancionatorio es aquel proferido por funcionario competente dentro de una actuación disciplinaria, en la que

16 “Colombia, Constitución Política, Art. 228: “*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial (...)*”

se ha probado o demostrado en grado de certeza, con los medios de prueba autorizados en el código, la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado, dando así origen al concepto de responsabilidad disciplinaria y su inescindible consecuencia: la sanción; fallo con el que se le pone fin a la actuación y que se encuentra debidamente notificado y ejecutoriado.

Debe entenderse por fallo sancionatorio ejecutoriado, aquel respecto del cual: i) se ha hecho uso de los recursos que contra él proceden, han sido resueltos y debidamente notificados o; ii) aquellos que contienen decisiones contra las cuales no procede recurso alguno y son debidamente notificados; iii) o cuando se trata de decisiones que admiten recurso, pero no se hace uso de ellos en los términos de ley; casos en los cuales, la decisión se torna en firme.

4.2. EL FALLO ABSOLUTORIO CUANDO SE TRATE DE CONDUCTAS CONTRARIAS AL DIDH O A LAS REGLAS DEL DIH

El **fallo absolutorio** puede definirse como aquel proferido por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, por considerar que no obra al proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta referida a la violación de las normas que regulan el DIDH, o de las reglas con las que se infringe el DIH; o en ausencia de prueba que demuestre la responsabilidad plena del disciplinado como autor de la comisión de la falta (Art. 160 de la Ley 1952 de 2019); o, también, cuando el fallo tiene por razón de ser la demostración de que la falta disciplinaria ha sido cometida al amparo de una causal excluyente de responsabilidad de las previstas en el artículo 31 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 5° de la Ley 2094 de 2021.

4.3. EL AUTO DE ARCHIVO CUANDO SE TRATE DE CONDUCTAS CONTRARIAS AL DIDH O A LAS REGLAS DEL DIH

Por Auto de archivo podemos concebir aquel proferido por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, por considerar

que en el *dossier* aparece plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el disciplinado no la cometió o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse.

En uno u otro caso, esto es, trátase del fallo absolutorio o del auto de archivo, la decisión final debidamente ejecutoriada puede ser objeto de control de legalidad por la vía del recurso extraordinario de revisión, cuando el disciplinable y su defensor, el quejoso o las víctimas, consideran que se trata de una decisión que debe ser revisada por la autoridad contenciosa administrativa competente, pues conciben y alegan su revisión, aduciendo una de las causales de procedencia de este recurso (tema que abordaremos adelante).

4.4. DECISIONES PRODUCTO DE LA DOBLE CONFORMIDAD DICTADAS POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La doble conformidad¹⁷, en el ámbito del derecho disciplinario, la podemos entender como un derecho subjetivo que le asiste al disciplinable para hacer valer el derecho a la impugnación de una decisión que en primera instancia ordena absolverlo, y en segunda instancia se revoca y en su defecto se impone una sanción, quedando esta última decisión como la única que contiene la decisión de condena.

En el caso del disciplinable servidor público de elección popular, que es objeto de un Auto de archivo por un procurador delegado, el superior funcional-competente para conocer de la apelación de esa decisión lo es la Sala Disciplinaria Juzgamiento de Servidores

17 El tema referido a la “**doble conformidad**” puede ser consultado en: “Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021). Magistrada Ponente: SALAZAR CUÉLLAR, Patricia. Expediente SP975-2021. Radicación N° 58210, Acta No. 64”. También: “Colombia, Corte Constitucional, Sentencia Unificada SU-146 de 2020 – C-792 de 2014”.

Públicos de Elección Popular¹⁸; entonces, si esta Sala revoca la decisión de archivo y, en su defecto, profiere un fallo sancionando, con lo que se estaría frente a una única decisión con sentido de condena, el competente para conocer de la **doble conformidad** es el **Procurador General de la Nación**.

Pero puede suceder también que se trate de una decisión proferida por el Procurador General, en sede de segunda instancia, esto es, resolviendo el recurso de apelación de una decisión de la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de servidores públicos de elección popular, en donde esta ordena el archivo del proceso, y el Procurador revoca la decisión e impone un fallo sancionatorio; caso en el cual, la **doble conformidad** será resuelta por una Sala compuesta por tres (3) personas que reúnan los requisitos previstos en el artículo 232 de la Constitución Política, para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; además de que deben ser sorteadas de una lista de 12 nombres, y demás exigencias previstas en el artículo 102 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el 18 de la Ley 2094 de 2021.

Entonces, para que no se quebrante el principio de la impugnación, que impone que todo fallo sancionatorio deba ser objeto de revisión por una autoridad superior, **la doble conformidad** se erige como esa herramienta para que en una instancia superior se revisen las dos decisiones (la que revoca y la que condena) y se opte por la que en derecho o conforme a la ley disciplinaria deba corresponder, entendiendo además que, **la doble conformidad solo se activa en fase de juzgamiento**.

18 En el artículo 11 del Decreto 1851 de 2021, que modificó el artículo 22 del Decreto Ley 262 de 2000, están previstas las competencias de la i) Sala Disciplinaria de instrucción, ii) Sala Ordinaria de Juzgamiento y, iii) Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular, competentes ellas para conocer de las faltas cometidas por los servidores públicos enunciados en el artículo 101 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 16 de la Ley 2094 de 2021, y demás servidores del orden nacional de igual o superior categoría de aquellos, siempre que la competencia no esté asignada a otra autoridad disciplinaria.

5. DE LAS VICISITUDES QUE PLANTEA LO PREVISTO AL ARTÍCULO 238A DE LA LEY 1952 DE 2019, ARTÍCULO ADICIONADO POR EL 54 DE LA LEY 2094 DE 2021

Lo expuesto inmediatamente atrás, nos permite visualizar las siguientes vicisitudes de orden jurídico o conforme a la ley, veamos.

5.1. ACTOS ADMINISTRATIVOS COMPLEJOS VS. DECISIONES FINALES PROFERIDAS COMO RESULTADO DE LA ASIGNACIÓN DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A LA PGN

En vigencia de la Ley 734 de 2002 o CDU, cuando se recurría a la jurisdicción contenciosa administrativa, buscando el control de legalidad de las decisiones de la Procuraduría a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la demanda tenía que hacerse referencia al fallo de naturaleza administrativa complejo, integrado por la decisión de primera y de segunda instancia, y aportarse como medio de prueba el original o copia del fallo de cada autoridad que los profirió.

En vigencia del nuevo CGD, las decisiones sancionatorias dictadas por la PGN, en ejercicio de la función disciplinaria jurisdiccional, se tendrán como “sentencias” con carácter de judiciales, y no propiamente actos administrativos, por lo que, a través del recurso extraordinario de revisión, se demandará la decisión final con naturaleza de sentencia, sin que se deba aludir al fallo administrativo complejo.

Sumado a lo anterior, se debe tener en cuenta que, si bien todas las decisiones sancionatorias ejecutoriadas proferidas por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, con las que se ponga fin a la actuación disciplinaria, sin excepción alguna, son susceptibles de ser revisadas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, la norma distingue lo siguiente:

En primer lugar que, para el caso de los servidores públicos elegidos por voto popular, y solamente en este caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 238 D de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 57 de la Ley 2094 de 2021, inciso 3°, el **fallo sancionatorio** no se podrá hacer efectivo o ejecutarse hasta tanto no haya un pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, si es que en efecto se promovió el recurso y fue debidamente admitido; o hasta que se venza el término de ley para la admisión y radicación del mismo; esto es, treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión.

De manera que, conforme a lo anotado, presentada la demanda en ejercicio del recurso extraordinario de revisión, no habrá necesidad de hacer uso y solicitar con ella las medidas cautelares de ley como, por ejemplo, la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la decisión, como sucedía en los casos de las demandas de control de legalidad de los fallos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La sola presentación de la demanda en ejercicio del recurso extraordinario de revisión, insisto, siempre que se trate de decisiones contra servidores públicos de elección popular, suspende la ejecutoria de la decisión, hasta tanto no se resuelva el recurso.

Otra es la situación cuando se trata de una decisión final debidamente ejecutoriada, proferida por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, que cubre a un destinatario de esta ley que no tenga la calidad de servidor público elegido por voto popular, v.gr. un ministro, caso en el cual, lo decidido se aplica o ejecuta de manera inmediata, independientemente de que se haya promovido el recurso y haya sido o no debidamente admitido.

En el primer caso, es decir, en todos los casos relacionados con servidores públicos de elección popular, se suspende la ejecución de la decisión final, por razón del recurso debidamente promovido y admitido, o hasta que se cumpla el plazo de los treinta (30) días que se tienen para interponerse; en el segundo caso, se materializa o ejecuta la

decisión que contiene el fallo de manera inmediata, y la norma es clara en el sentido de que no se podrán proponer excepciones previas.

5.2. DE LA EXCLUSIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA DECISIONES PROFERIDAS POR LA PGN, EN ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES JURISDICCIONALES, RELACIONADAS CON EL ACOSO LABORAL

El artículo 109 de la Ley 1952 de 2019, concretamente nos dice quiénes tienen la calidad o condición de sujetos procesales en la actuación disciplinaria¹⁹ y, expresamente, dentro de tales sujetos procesales, además de las víctimas de conductas violatorias de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, se enlista como sujeto procesal a las **víctimas de conductas de acoso laboral**.

Ahora, si hacemos una lectura armónica y sistemática de esta norma, valga decir, artículo 109 *ibidem*, con lo previsto al artículo 238A de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 54 de la Ley 2094 de 2021, encontramos que el recurso extraordinario de revisión no procede contra las decisiones sancionatorias ejecutoriadas dictadas por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, que tengan que ver con conductas de acoso laboral.

Conforme al artículo 238A *ibidem*, el recurso extraordinario de revisión procede contra: i) los fallos sancionatorios; ii) fallos de archivo o absolutorios relacionados con conductas de violación de las normas del DIDH o

19 **Artículo 109. Sujetos procesales en la actuación disciplinaria.** Podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o quienes hagan sus veces, o en el Congreso de la República contra los funcionarios a los que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política. Esta misma condición la ostentarán las víctimas de conductas violatorias de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como de acoso laboral {...} En ejercicio del poder de supervigilancia administrativa y cuando no se ejerza el poder preferente por la Procuraduría General de la Nación, esta podrá intervenir en calidad de sujeto procesal.

de las infracciones al DIH; iii) además, contra las decisiones producto de la doble conformidad, dictadas por el Procurador General de la Nación.

Entonces, nos encontramos con que si el artículo 109 de la Ley 1952 de 2019, tiene como sujeto procesal a las víctimas, en el caso de las faltas disciplinarias relacionadas con el acoso laboral, no hay razón para que no se hayan tenido en cuenta en el artículo 238A de la Ley 1952 de 2019, y se les haya facultado, se insiste a las víctimas, para hacer uso del recurso extraordinario de revisión cuando la decisión final ejecutoriada dictada por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, fuese absolutoria o de archivo.

Piénsese, en el caso de un servidor público elegido por voto popular, alcalde, gobernador, concejal, diputado, edil, senador, representante, cobijado por una decisión final debidamente ejecutoriada dictada por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, absolviendo al disciplinado u ordenando el archivo, cuando se ha establecido o probado el acoso laboral, y así consta en un acto administrativo, y la víctima o perjudicado no puede perseguir el control jurisdiccional de la decisión ante la autoridad competente.

Estaríamos frente a un trato discriminatorio y excluyente, que impacta y violenta el derecho fundamental a la igualdad de la que trata el artículo 13 de nuestra Carta Política.

5.3. DE LA ORDEN DE REVOCAR LA DECISIÓN DE ARCHIVO O EL FALLO ABSOLUTORIO EN EL CASO DE DECISIONES RELACIONADAS CON CONDUCTAS QUE VIOLAN LAS NORMAS DEL DIDH, O INFRINGEN LAS REGLAS DEL DIH, Y SU TRÁMITE SIGUIENTE EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Hemos dicho que, el recurso extraordinario de revisión está concebido para atacar la decisión final y ejecutoriada, dictada por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, que **absuelve** u ordena el **archivo** definitivo de las diligencias, siempre que se trate

de conductas relacionadas con la violación de las normas del DIDH, o de las infracciones al DIH.

Entonces, centremos nuestra atención en el caso de una decisión de archivo, en vigencia de la Ley 734 de 2002, en la que una vez proferida por el A-quo, el quejoso facultado para ello atacaba la decisión haciendo uso del recurso de apelación para que el inmediato superior la revocara, y si en efecto el Ad-quem le daba la razón, revocaba esa decisión y ordenaba que el expediente volviera al A-quo, y le imponía formular cargos y fallar el proceso; o también, abrir la fase de investigación, si es que la decisión de archivo se había producido en sede de indagación preliminar.

Si trasladamos esta particular situación al escenario del CGD, y partimos del supuesto de que la autoridad competente para tramitar el recurso extraordinario de revisión ordena revocar la decisión de archivo; esto es, la misma que la PGN, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, profirió en sede de indagación preliminar o de investigación disciplinaria, la pregunta obligada es:

¿El juez administrativo ordena devolver el expediente a la autoridad de origen para que retome la actuación disciplinaria o revoca la decisión de archivo y entra a tramitar y fallar el proceso?

La respuesta está en el inciso 2°, del artículo 238G, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 60 de la Ley 2094 de 2021, en el que expresamente se lee: “*Si el competente encuentra fundada alguna de las causales de revisión, dejará sin validez la decisión recurrida y **dictará la que en derecho corresponda***”. (Resaltado DYCH).

En mi criterio, la expresión “**dictará la que en derecho corresponda**”, tiene dos efectos útiles:

5.3.1. El primero de ellos nos lleva al caso en el que, en el Consejo de Estado, se habló por primera vez de la “**valoración judicial integral de las actuaciones disciplinarias demandadas**”, mismo en

el que se tiene dicho que: “Por mandato de la Constitución Política y la ley, el control judicial ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos y procedimientos administrativos disciplinarios en sede de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho es un **control integral y pleno**, que se aplica a la luz de la Constitución y del sistema legal como un todo, en los aspectos tanto formales como materiales de las actuaciones y decisiones sujetas a revisión, y no se encuentra limitado ni por las pretensiones o alegaciones de las partes”²⁰. (Resaltado DYCH).

Recordemos que el Consejo de Estado, en la sentencia aludida, i) concluyó que los actos disciplinarios sancionatorios son objeto de sujeción plena del control jurisdiccional y que, por lo mismo, se trata de un control específico en el que deben aplicarse en tanto parámetros normativos, no solo las garantías puramente procesales, sino también las disposiciones sustantivas de la Constitución Política que resulten relevantes; ii) estudiados los títulos de imputación bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consideró la Corporación que debía variarse la calificación de la falta que venía a manera de gravísima, imputada bajo la modalidad de dolo, llevándola a falta leve culposa, con lo que la sanción de destitución e inhabilidad de catorce (14) años, mutó a la de amonestación escrita.

Notemos que esta sentencia se produjo en vigencia de la Ley 734 de 2002, y tiene que ver con el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de control previsto para atacar los **fallos sancionatorios** ejecutoriados proferidos por la PGN, y no las decisiones de archivo o fallos absolutorios tratándose de conductas referidas a la violación del DIDH, o de la infracción de las reglas del DIH.

20 Cft. “Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, ponente: GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo, Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014), proferida dentro del proceso con radicado 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13), Actor: SALAZAR JARAMILLO, Fabio Alonso”.

Entonces, frente a los fallos sancionatorios ejecutoriados dictados por la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, si el competente encuentra fundada alguna de las causales de revisión, el efecto útil de lo reglado al parágrafo 2º, del artículo 238G, de la Ley 1952 de 2019, que adicionó el artículo 60 de la Ley 2094 de 2021, se contrae a dejar sin validez la decisión recurrida, y dictar la que en derecho corresponda.

5.3.2. El segundo efecto útil estaría en que, si el juez administrativo revoca la decisión de archivo o el fallo absolutorio tratándose de conductas referidas a la violación de las normas del DIDH, o la infracción de las reglas del DIH, acto seguido, ordenará que el expediente vuelva a la autoridad de origen, pues es lo que en derecho corresponde, ya que no podría convertirse sin más, ni más, en autoridad disciplinaria con competencia para instruir el proceso y sancionar, desplazando sin respaldo constitucional al juez natural de estas causas; además de que, duplicaría las tareas de los magistrados de esa jurisdicción y no imagino cómo sería tomado desde el punto de vista de las cargas laborales, tamaño responsabilidad, además bajo la amenaza de incurrir en una causal de mala conducta, si deja vencer el plazo máximo para fallar el recurso o dictar sentencia (tema que abordaré más adelante).

Lo expuesto me genera una notable preocupación, pues revocada la decisión de archivo y, si lo que sigue a ello es devolver el expediente a la autoridad de origen para que reabra la actuación disciplinaria, podría presentarse el caso de que a las diligencias, inexorablemente, se les deba aplicar la prescripción de la acción disciplinaria²¹, pues anulado el fallo de archivo se habilita

21 El fenómeno de la prescripción se da por el paso del tiempo y, específicamente, porque si transcurridos cinco (5) años contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado, desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas, cuando haya cesado el deber de actuar, y no se ha efectuado la notificación del fallo de primera instancia (Art. 33 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 7º de la Ley 2094 de 2021), inexorablemente se produce este fenómeno jurídico. El término de los cinco (5) años para que opere la prescripción se interrumpe con la notificación del fallo de primera instancia.

automáticamente el término previsto por el legislador para que opere dicho fenómeno²² y podríamos estar, eventualmente, ante un fértil campo de impunidad en materia de justicia disciplinaria.

Y el análisis, en el caso de que la decisión de la autoridad administrativa sea revocar la decisión mediante la cual la PGN, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales “**absuelve**” al disciplinado, sería la ya planteada para la decisión de archivo.

5.4 DE LAS DIFERENCIAS ENTRE FUNCIÓN JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA A CARGO EXCLUSIVAMENTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Y FUNCIÓN DISCIPLINARIA ADMINISTRATIVA RESERVADA PARA LOS DEMÁS TITULARES DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

Comoquiera que la asignación de funciones disciplinarias jurisdiccionales que hizo el legislador en el CGD recae, única y exclusivamente, en cabeza de la PGN, en el caso de las demás autoridades titulares de la acción disciplinaria, a saber: personerías distritales y municipales en ejercicio del poder preferente, oficinas de control disciplinario interno y funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado a quienes les corresponde conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias, sus decisiones seguirán siendo **actos administrativos**, mas no **jurisdiccionales**, por lo que, el control de legalidad de las decisiones que profieran serán demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del ejercicio de la acción de nuli-

22 Acerca de la prescripción de la acción disciplinaria, consultar: GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo: “Problemas centrales del derecho disciplinario”, Colección de Derecho Disciplinario, Vol. 1. Editorial ICDD-Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia, Enero de 2009. p. 171 a 200.

dad y restablecimiento del derecho, sin perjuicio del ejercicio del mecanismo jurídico de la **revocatoria directa**²³.

En otras palabras, las decisiones sancionatorias que no provengan de la Procuraduría General de la Nación, sino de las demás autoridades titulares de la potestad disciplinaria, tienen la naturaleza o connotación de **actos administrativos**, contra los que no procede el recurso extraordinario de revisión, sino que, el control de legalidad de tales decisiones procederá ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ejercitando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista al artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 —Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo—.

Ahora bien, es claro que, tratándose de las decisiones con carácter o naturaleza de actos administrativos, solo serán objeto de control, ante lo contencioso administrativo, los fallos sancionatorios que hacen tránsito a cosa decidida una vez notificado y debidamente ejecutoriado el mismo.

Ahora bien, en el caso de las personerías, puede presentarse que tramiten la actuación en sede o etapa de investigación disciplinaria,

23 Nuestra Corte Constitucional, en Sentencia C-189 de 1998, estudiando las diferencias entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional, tiene dicho que: “Existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues solo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. En efecto, lo propio del juez es que no solo debe estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), solo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad). Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos. Desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal”.

pero como lo mandado en el artículo 12 del CGD es que deba garantizarse que el funcionario de instrucción no sea el mismo que adelante el juzgamiento, no siendo posible para las personerías garantizar dicho mandato, una vez formulados los cargos, deba remitir el expediente a la Procuraduría²⁴, caso en el cual se deberá entender que la decisión final sancionatoria, comoquiera que la emite la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional, el control de legalidad deberá surtirse acudiendo al recurso extraordinario de revisión; de ahí que tengamos dicho que ese recurso se activa en fase de juicio.

Pero también puede suceder que la personería tenga garantizado el mandato del artículo 12 del CGD, esto es, que tenga previsto al interior de su organización que una autoridad sea la que instruya el proceso y otra la que tramite y decida en fase de juicio, pero no tiene garantizado la segunda instancia encargada de resolver la apelación del fallo sancionatorio y, con ocasión de ello, remita el expediente a la PGN, caso en el cual, si esta confirma el fallo apelado, el control de legalidad del mismo, debe hacerse acudiendo al recurso extraordinario de revisión, comoquiera que la decisión final la asume la PGN, en ejercicio de la potestad disciplinaria jurisdiccional.

De otra parte, en lo que toca con la “**revocatoria directa**” de los fallos sancionatorios que dictan los demás destinatarios de la potestad disciplinaria, exceptuando a la PGN, podemos precisar lo siguiente: El tema está previsto en el Título IV, Capítulo IV, artículos 141 a 146 del CGD.

En el artículo 141 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 28 de la Ley 2094 de 2021, en lo que toca con la procedencia de la

24 Los incisos 5 y 6 del artículo 92, modificado por el 13 de la Ley 2094 de 2021, prevén que las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con todas las garantías del proceso disciplinario, para lo cual deberán contar con la infraestructura necesaria para su observancia. En el evento en que las garantías de instrucción y juzgamiento no se puedan satisfacer, el conocimiento del asunto será de competencia de la Procuraduría General de la Nación, según la calidad del disciplinable.

revocatoria directa, se lee: “**Artículo 141. Procedencia de la revocatoria directa.** Los fallos sancionatorios que dicten las personerías y oficinas de control interno disciplinario podrán ser revocados de oficio o a petición del interesado, por la Procuraduría General de la Nación, según las competencias internas”.

Conforme a lo así dispuesto, la revocatoria directa procede única y exclusivamente contra los fallos sancionatorios proferidos por las personerías en ejercicio del poder preferente que les asiste, y las oficinas de control disciplinario interno.

Lo previsto en el artículo 141 *ibidem*, debe ser leído conforme a lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 14 de la Ley 2094 de 2021, en el sentido de que, toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, debe organizar una unidad u oficina del más alto nivel encargada de conocer los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores; y, además de ello, esa organización del control disciplinario interno que se demanda de toda entidad u organismo del Estado, debe garantizar que en el proceso disciplinario el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento (Art. 12 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 3° de la Ley 2094 de 2021).

Súmese a lo anteriormente expuesto el que, conforme al contenido literal del artículo 141 de la Ley 1952 de 2019, inciso 2°, modificado por el artículo 28 de la Ley 2094 de 2021, la PGN podrá revocar de i) de oficio; ii) a petición del quejoso; iii) a petición de las víctimas o perjudicados, el **fallo absolutorio** o el **fallo de archivo** de la actuación, siempre y cuando se trate de faltas que constituyan violaciones al DIDH e infracciones de las reglas del DIH.

Téngase en cuenta también que, en el artículo 142 de la Ley 1952 de 2019, se tiene dicho que, **en el caso de los fallos absolutorios**, procederá la revocatoria directa, únicamente cuando se trate de faltas

disciplinarias que constituyan violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, expedidos por cualquier funcionario de la Procuraduría o autoridad disciplinaria, con lo que se quiere precisar que no procede la revocatoria directa, contra los demás fallos absolutorios, por ejemplo, en los que se discutió un asunto o cuestión relacionada con las faltas previstas para la contratación de los recursos del Estado.

En todo caso, la competencia para revocar los fallos sancionatorios, los fallos absolutorios y los fallos de archivo de las diligencias, es exclusiva y excluyente del Procurador General de la Nación.

6. DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER Y TRAMITAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

En líneas atrás precisamos contra qué decisiones de la PGN, debidamente ejecutoriadas, procede el recurso extraordinario de revisión, ahora concentrémonos en el siguiente interrogante:

¿Cuál es la autoridad competente para conocer y decidir el recurso extraordinario de revisión?

De conformidad con el artículo 238B, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 55 de la Ley 2094, la **competencia** para conocer del recurso extraordinario de revisión está distribuida como sigue:

Autoridad que emite la decisión	Juez competente
1. Si se trata de decisiones de segunda instancia o de doble conformidad, dictadas por el Procurador General de la Nación, por las Salas de Juzgamiento y por los Procuradores Delegados.	Salas Especiales de Decisión del Consejo de Estado.

2. Decisiones producto de la doble conformidad dictadas por el Procurador General de la Nación.	Salas Especiales de Decisión del Consejo de Estado.
3. Decisiones de segunda instancia dictadas por los por los Procuradores Regionales de Juzgamiento.	Tribunales Administrativos de lo Contencioso Administrativo.
4. Decisiones producto de la doble conformidad dictadas por los Procuradores Regionales de Juzgamiento.	Tribunales Administrativos de lo Contencioso Administrativo.

La creación de las Salas Especiales de Decisión del Consejo de Estado está prevista en el artículo 107, de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y están encargadas de decidir los procesos sometidos a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que esta les encomiende, salvo de los procesos de investidura y de nulidad por inconstitucionalidad.

Estas Salas están integradas por cuatro (4) magistrados, uno por cada una de las secciones que la conforman, con exclusión de la que hubiere conocido del asunto, si fuere el caso.

7. DEL TÉRMINO PARA INTERPONER EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN Y DEMÁS ESPECIFICIDADES QUE SE PREVÉN EN RELACIÓN CON ELLO

Las reglas previstas por el legislador, en lo que tiene que ver con el término o plazo para interponer el recurso extraordinario de revisión, son las expuestas en el artículo 238D, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 57 de la Ley 2094.

Allí se tiene dicho que el recurso extraordinario de revisión podrá interponerse dentro de los **treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión disciplinaria** i) por el disciplinado en el caso de las decisiones sancionatorias; ii) por el quejoso, víctima o perjudicado en el caso de las decisiones absolutorias o de archivo, cuando se trate de conductas que tengan que ver con la violación de las normas del DIDH o la infracción de las reglas del DIH.

En el inciso 2º, del artículo 238D *ibidem*, se tiene dicho que para el “*caso de las causales contempladas en los numerales 6 a 9, el término de los treinta (30) días se contará una vez se produzca el hecho en que se fundamenta la causal*”.

Lo allí previsto se refiere a las causales que habilitan la procedencia del recurso de revisión dispuestas en el artículo 238C, adicionado por el artículo 55, de la Ley 2094 de 2021, y específicamente a las enlistadas en los numerales 6 a 9, causales a las que nos referiremos más adelante.

Hemos ya reseñado que, en todos los casos relacionados con servidores públicos de elección popular, la ejecución de la decisión final en su contra **quedará suspendida** hasta que se resuelva el recurso extraordinario de revisión, si es que ha sido promovido por el interesado y fuere debidamente admitido; o hasta que se venza el término de ley para la radicación y admisión del mismo, esto es, treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión disciplinaria.

Y expusimos también que, en los procesos disciplinarios a cargo de las Personerías y las Oficinas de Control Disciplinario Interno, esto es, en los que no se relacionen con servidores públicos de elección popular, los sujetos procesales interesados podrán solicitar, ante la autoridad judicial correspondiente, la **suspensión de la ejecución de la sanción**, en calidad de medida cautelar, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 231 del Código de Procedimiento Adminis-

trativo y de lo Contencioso Administrativo —CPACA²⁵—. Esta solicitud deberá ser resuelta en el auto admisorio de la demanda.

8. DE LOS REQUISITOS O EXIGENCIAS QUE, PARA LA ADMISIÓN Y PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN, PREVÉ EL LEGISLADOR

En efecto es al artículo 238E, de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 58 de la Ley 2094 de 2021, en el que se enlistan los requisitos del recurso que en esta monografía ocupan toda nuestra atención.

La exigencia mayúscula está en que el recurso se deba presentar i) mediante escrito que deberá contener ii) la designación de las partes, sus apoderados o representantes, iii) nombre y domicilio del recurrente, iv) la causal invocada y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, v) la pretensión resarcitoria debidamente fundamentada, cuando sea procedente, vi) acompañar el respectivo poder para su presentación y las pruebas que el recurrente tenga en su poder; vii) por último, se deberán solicitar en el escrito las pruebas que se pretendan hacer valer.

Así las cosas, la presentación del escrito que contiene el recurso se daba a hacer mediante apoderado judicial, esto es, mediante abogado inscrito y en ejercicio al que se le debe conferir de manera legal el respectivo poder; se deberá invocar la causal en la que se fundan las pretensiones, causales que están

25 Requisitos para decretar las medidas cautelares. “Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse, al menos sumariamente, la existencia de los mismos”.

enlistadas taxativamente en el artículo 238C, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 56 de la Ley 2094 de 2021 (este tema lo abordaremos adelante); la petición que persigue la indemnización, reparación o compensación del daño, perjuicio o agravio causado, se debe presentar de manera objetiva, razonada y racional²⁶, concretando la cuantía de la misma y, salvo mejor criterio, creo yo, que procederá en los casos de la situación excepcional que se presenta cuando se trata de faltas disciplinarias que constituyen violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, y del acoso laboral.

9. DE LA ADMISIÓN, INADMISIÓN Y RECHAZO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Al artículo 238F, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 59, de la Ley 2094 de 2021, acerca de la admisión del recurso, prevé que radicado el recurso y efectuado el reparto correspondiente, el magistrado al que le corresponda resolverá sobre su admisión en el término máximo de diez (10) días.

Si el recurso se inadmite por no reunir los requisitos formales exigidos en el artículo 238E, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 58, de la Ley 2094 de 2021, el recurrente contará con un plazo de cinco (5) días para subsanar los defectos que se adviertan en el auto inadmisorio. En este plazo no procederá la ejecución de la sanción ni la reforma del recurso.

26 Sobre el particular, nuestra guardiana de la Carta Política, en la Sentencia C-525 de 1995, tiene dicho que la Razonabilidad: "Hace relación a un juicio, raciocinio o idea, este conforme con la prudencia, la justicia o la equidad, que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad". Racionalidad: "Expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano".

En lo que atañe con el **rechazo del recurso**, se tiene que procederá cuando: i) no se presente en el término legal; ii) cuando se presente por quien carezca de legitimación para hacerlo; iii) cuando no se subsanen en término las falencias advertidas en la inadmisión.

Si el recurso es admitido, se debe notificar personalmente dicho auto a la PGN, la que tiene cinco (5) días contados, a partir del siguiente a la notificación, para contestar el recurso y solicitar las pruebas a que haya lugar. Advierte el legislador que, con la respuesta, no se podrá proponer excepciones previas.

Por último, si se decretaren pruebas de oficio o a solicitud de parte, se señalará un término máximo de veinte (20) días para su práctica.

10. ACERCA DE LA SENTENCIA QUE RESUELVE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

En el artículo 238G, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 60, de la Ley 2094 de 2021, se prevé que, vencido el periodo de pruebas, si es que lo hubiere, se procederá a emitir la respectiva sentencia.

El legislador deja entrever la preocupación que le asiste, si la decisión o sentencia con la que se le pone fin al recurso extraordinario de revisión no se hace en un tiempo oportuno o razonable y, de ahí que, ordene que deba proferirse, en un plazo que en ningún caso podrá ser superior al término de los seis (6) meses contados desde su admisión, y disponga que, para tal efecto, es decir, para que se cumpla el plazo de los seis (6) meses como máximo, la sentencia tendrá prelación frente a los otros asuntos que le corresponden conocer a la respectiva Sala Especial o Tribunal, pudiendo ser desplazada únicamente por las acciones constitucionales.

Y sumado a lo anterior, prevé como causal de mala conducta el incumplimiento del término máximo de los seis (6) meses para proferir la sentencia con la que se resuelva el recurso extraordinario de re-

visión; causal de mala conducta que está sancionada, a manera de falta gravísima, conforme el artículo 55, numeral 12, del CGD.

Ya en líneas atrás nos referimos al mandato que trae el inciso 2º, del artículo 238G *ibidem*, en el sentido de que, si el competente encuentra fundada alguna de las causales de revisión, dejará sin validez la decisión recurrida y dictará la que en derecho corresponda.

Ahora bien, en el inciso final del aludido artículo 238G, se lee lo siguiente: *“En la sentencia que invalide la decisión revisada se resolverá sobre los perjuicios, y demás consecuencias que se puedan derivar de aquella. Si en el expediente no existiere prueba para condenar en concreto, esta se hará en abstracto y se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 193, de la Ley 1437 de 2011”*²⁷.

Lo así previsto por el legislador, a nuestra manera de ver, plantea este interrogante:

¿En qué momento el juez administrativo resuelve sobre los perjuicios y demás consecuencias que se puedan derivar de la sentencia con la que se resuelve el recurso?

Esto por cuanto y conforme al análisis que hicimos y dejamos sentado en líneas atrás, lo que en derecho corresponde, una vez se invalide la decisión recurrida, es que el juez administrativo ordene devolver

27 Ley 1437 de 2011. “ARTÍCULO 193. CONDENAS EN ABSTRACTO. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en este Código y en el Código de Procedimiento Civil. {...} Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea”.

el expediente al despacho de origen, para que reanude la actuación, trátase de una decisión de archivo o de absolución.

De otra parte, tal y como lo tiene dicho nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia C-014 de 2004, refiriéndose al papel de las víctimas en el proceso disciplinario y frente al reconocimiento del derecho a la reparación en el proceso disciplinario, estas no pueden pretender el reconocimiento de tal derecho, pues esta pretensión no está ligada directamente a la infracción del deber funcional que vincula al sujeto disciplinable con el Estado, sino que está vinculada con el daño causado al bien jurídico de que aquellas son titulares. Y bien se sabe que la protección de tales bienes jurídicos y la reparación del daño a ellos causado es inherente a la jurisdicción y escapa a la órbita del derecho disciplinario.

Además que, si en la sentencia que invalide la decisión revisada se resolviera sobre los perjuicios y demás consecuencias que se puedan derivar de aquella, y en ella se ordena de igual manera devolver el expediente al despacho de origen para que se reanude la actuación disciplinaria, se estaría prejuzgando y violando de tajo la presunción de inocencia, principio rector en el CGD, según el cual el sujeto disciplinable se presume inocente y debe ser tratado como tal, mientras no se declare su responsabilidad en fallo debidamente ejecutoriado (Art. 14 CGD).

11. DE LAS CAUSALES ESPECÍFICAS QUE HABILITAN LA PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Estas causales están taxativamente enlistadas en el artículo 238C, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 56, de la Ley 2094 de 2021, a saber:

11.1. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

Empecemos por decir que, cuando en esta causal se alude a “**ley sustancial**”, debe entenderse referida a la potestad disciplinaria; esto es,

a la ley sustancial disciplinaria, pues se trata de una causal que habilita el recurso extraordinario de revisión concebido este en el marco del Código General Disciplinario.

Genéricamente por “**ley sustancial**” se entiende en la doctrina aquella que confiere derechos a las personas, declara, constituye, extingue o modifica obligaciones; entonces, específicamente, y como especie del *ius puniendi* del Estado, lo sustancial de la ley disciplinaria, o lo que es lo mismo, la ley sustancial disciplinaria, la conforman todas las disposiciones que a manera de principios rectores, normas y reglas jurídicas o de derecho, estructuran la falta y, por ende, la responsabilidad disciplinaria y la manera de hacerla legalmente efectiva, y que están consignadas en lo que conocemos como Código General Disciplinario, integrado por las leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021, y en la Ley 734 de 2002, para todos aquellos casos relacionados con el tránsito de legislación.

Ahora bien, la violación directa de la ley como causal de procedencia del recurso de estudio, haciendo un parangón, *mutatis mutandis*, con lo que sobre el tema en materia de derecho penal y específicamente en lo que toca con el recurso de casación ha expuesto en abundante jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Penal, se originaría en tres (3) casos: i) Cuando se da la **falta de aplicación** de una norma del bloque de constitucionalidad, de una norma Constitucional o de una norma legal; ii) Cuando se de **la interpretación errónea** de una norma del bloque de constitucionalidad, de una norma Constitucional o de una norma legal; iii) Cuando se de **la aplicación indebida** de una norma del bloque de constitucionalidad, de una norma Constitucional o de una norma legal, que es la llamada a regular el asunto en cuestión.

En lo que toca con la “**falta de aplicación**” se estructuraría la causal, cuando estando debidamente acreditados o probados los hechos que agrupan la conducta enjuiciada, la autoridad disciplinaria “*yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la aplica al caso específico*”

que la reclama”²⁸. En la doctrina también se le conoce como **“exclusión evidente”**, pues se *“ignora o desconoce la ley que regula el caso en concreto y por eso no la tiene en cuenta habiendo incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o en el espacio”*²⁹.

Respecto a la **“interpretación errónea”** se daría cuando, habiéndose seleccionado bien y de manera adecuada o correcta la norma que está llamada a regular el caso, la autoridad disciplinaria se equivoca al interpretarla y le asigna equivocadamente un efecto, un alcance o sentido jurídico que ella no tiene, o le asigna efectos contrarios a su real contenido. Sería el caso en el que la autoridad disciplinaria reconoce el error de hecho vencible y sanciona la conducta a título de dolo, cuando la falta admite la forma de culpa.

En lo que concierne a la **“aplicación indebida”** se presentaría si la autoridad disciplinaria se equivoca al calificar jurídicamente los hechos o, cuando habiendo acertado en su adecuación, yerra al elegir la norma correspondiente a la calificación jurídica impartida. V.gr. los hechos probados hablan de que el funcionario disciplinado dio lugar a la pérdida de bienes que habían llegado a su poder por razón de sus funciones, conducta que se subsume en la prohibición a la que alude el artículo 39-12, de la Ley 1952 de 2019, pero erradamente se adecúa la conducta en el tipo disciplinario que a manera de falta gravísima está previsto en el artículo 62-1, de la Ley 1952 de 2019, en donde se sanciona dar lugar a que se pierdan bienes del Estado, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, pero que además exige que la pérdida obedezca a una culpa gravísima debidamente probada y que los bienes de los que se predica la pérdida, tengan un valor o cuantía que supere los 500 salarios mínimos legales mensuales.

28 Así se lee en: “Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. MALO FERNÁNDEZ, Gustavo Enrique, Sentencia de once (11) de septiembre de 2013. Aprobada en acta No. 302”.

29 Ibidem.

Digamos también que la causal que, ahora mismo ocupa nuestra atención, permite plantear una discusión exclusivamente jurídica, no admite disputa en torno a un error sobre los presupuestos fácticos; por el contrario, la alegación de una violación directa de la ley parte de aceptar los hechos que estructuran la conducta enjuiciada; de otra parte, la violación directa de la ley, tampoco admite cuestionamiento alguno acerca de las pruebas, es decir, su valoración, su aducción, su controversia, etc., pues lo que toca con el tema probatorio se debe alegar bajo la causal de violación indirecta de la ley, tal y como lo abordaremos enseguida.

11.2. VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR ERROR DE HECHO O DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

La violación indirecta de la ley, como causal de revisión de los fallos sancionatorios disciplinarios, se produce cuando se descubre o se hace patente la violación de lo que ordenan **las reglas de producción y las reglas de apreciación** de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia. Se trata de un manifiesto desconocimiento de lo que ordenan los principios rectores, normas y reglas que, en términos generales, gobiernan el régimen de las pruebas en el CGD³⁰ y que, por supuesto, esos errores se trasladan al fallo.

En la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se tiene dicho que desconocer las **reglas de producción y de aducción** de la prueba alude a los **errores de derecho** que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad de

30 Acerca de estos principios, normas y reglas, se puede consultar: YATE CHINOME, Diomedes, “**Del régimen de las pruebas y de las nulidades en el nuevo código general disciplinario**”, Editorial IBÁÑEZ. Bogotá, Colombia, enero de 2021.

la prueba³¹ —práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley— o, excepcionalmente, por falso juicio de convicción.

Y, en lo que tiene que ver con el desconocimiento de las reglas de apreciación, hace referencia a los **errores de hecho** que surgen i) a través del falso juicio de identidad; ii) a través del falso juicio de existencia y; iii) a través del falso raciocinio. Veamos:

11.2.1. A través del **falso juicio de identidad**, esto es, distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio, que *“ocurre cuando el juzgador, al emitir el fallo impugnado, distorsiona o tergiversa el contenido fáctico de determinado medio de prueba, haciéndole decir lo que en realidad no dice, bien sea porque lee de manera equivocada su texto, o le agrega aspectos que no contiene, u omite tener en cuenta partes relevantes del mismo”*³².

11.2.2. A través del **falso juicio de existencia** que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se explica diciendo que consiste en declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso; como sería, por ejemplo, el caso del fallo en el que se omite por completo valorar el contenido material de un medio de prueba legal y oportunamen-

31 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de veinticinco (25) de mayo de 2015, Magistrada Ponente: GONZÁLES MUÑOZ, María del Rosario. Radicación: SP6353-2015 – 39233. Aprobado en Acta No. 184: *“La apreciación de las pruebas por parte de los funcionarios judiciales se encuentra limitada: (a) Por la información objetiva que aquellas suministren, motivo por el cual no pueden ser pretermitidas o supuestas (falso juicio de existencia) ni tampoco es viable su adición, cercenamiento o tergiversación material (falso juicio de identidad). (b) Por la sujeción a las reglas de la sana crítica, so pena de incurrir en errores de hecho por falso raciocinio. (c) Por el valor que a determinados medios probatorios otorga la ley (juicio de convicción) y (d) Por la ponderación de si en su práctica o aducción se tuvieron en cuenta las exigencias dispuestas por el legislador (juicio de legalidad)”*.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de veintidós (22) de agosto de dos mil doce (2012), Magistrado Ponente: SOCHA SALAMANCA, Julio Enrique. Aprobado mediante Acta No. 313.

te incorporado al *dossier* y que obra allí o, también, cuando se le concede valor probatorio a un medio de prueba que jamás fue recaudado y, por consiguiente, se supone su existencia³³.

Lo así explicado por nuestra Corte Suprema de Justicia debe aterrizar al específico campo del proceso disciplinario en el que, en el artículo 158, de la Ley 1952 de 2019, se alude a la **“inexistencia de la prueba”** y se prevé allí como fuentes de ella i) la prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales; ii) o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado.

Y es que esta regla normativa es desarrollo de lo que ordena el principio rector al que alude el artículo 21 de la Ley 1952 de 2019, y que se refiere concretamente a la **“cláusula de la exclusión”**, en el sentido de que toda prueba obtenida con violación de los derechos y garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que debe ser excluida de la actuación procesal; y, de igual manera, toda aquella que sea consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia, en todo caso, teniendo en cuenta las excepciones que se refieren a i) la fuente independiente; ii) el vínculo atenuado; iii) el descubrimiento inevitable; iv) los demás que establezca la ley.

De manera que, conforme al marco legal expuesto, se dará lugar al falso juicio de existencia y, por ende, a la violación de las reglas de apreciación de las pruebas como fuente de violación indirecta de la ley disciplinaria, cuando el fallo sancionatorio se funde en una prueba que ha debido ser excluida o expulsada de la actuación procesal por haberse obtenido con violación de derechos y garantías fundamentales; o por haber recaudado la prueba sin el lleno de las formalidades sustanciales que se exigen para cada caso, por ejemplo, para la recepción del testimonio, la confesión, en fin.

33 Ibidem.

11.2.3. A través del **falso raciocinio**, respecto del cual, en la misma sentencia que venimos citando a pie de página, explica la Corte que se presenta cuando el funcionario valora la prueba de manera íntegra, pero se aleja en la motivación de la sentencia de los postulados de la sana crítica, es decir, de una determinada ley científica, principio de la lógica o máxima de la experiencia, y siempre que la invocación de cualquiera de estos errores tenga la naturaleza de trascendente, y lo trascendente es aquello que determina que el recurso, como en nuestro caso, prospere.

De lo que se trata aquí es de entender que, en determinado caso concreto, se observa que, de una manera manifiesta, aparece irrazonable la valoración que del medio de prueba se hace y se consigna por la respectiva autoridad disciplinaria en la sentencia; como que, se evidencia la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa del medio de prueba, ya sea porque el juez sencillamente ignora el medio de prueba u omite valorarlo o, sin razón valedera alguna, da por probada la conducta o comportamiento enjuiciado sin que emerja clara y objetivamente del medio de prueba³⁴.

Ahora bien, la exigencia de que el error sea trascendente se da porque, por ejemplo, puede suceder que, en efecto se presente un falso raciocinio acerca del medio de prueba aportado, pero el fallo no tiene por único o exclusivo soporte probatorio el que contiene ese error, sino que tiene el respaldo de otros u otros medios de prueba legal o válidamente producidos e incorporados al *dossier* y es sobre ellos que se funda la decisión que contiene el fallo sancionatorio.

En lo que concierne, por ejemplo, al tema del falso raciocinio y su inescindible vinculación con el ejercicio de la “**sana crítica**”, entran en juego temáticas, por demás complejas, tales como i)

34 Este tema puede ser consultado, entre otras, en las sentencias: T-442 de 1994, T-329 de 1996, SU-477 de 1997 y SU-1300 de 2001.

qué entender por sana crítica; ii) cómo se valora la prueba bajo el sistema de la sana crítica; iii) cuáles son los límites de la prueba; iv) a qué se refiere cuando se aborda el tema de las “máximas de la experiencia”; v) qué son los principios técnicos científicos; vi) cómo se formulan las reglas o leyes de la ciencia, el principio de la lógica, el principio de razón suficiente; vii) relación entre indicios y la sana crítica, temas estos cuyo desarrollo escapan a los propósitos de esta monografía, pero que pueden ser consultados, entre otros, en el libro de mi autoría: “Del régimen de las pruebas y de las nulidades en el nuevo CGD”, al que ya hemos venido haciendo referencia en este trabajo.

11.3. DE LA CAUSAL QUE REFIERE A LA INCONGRUENCIA ENTRE EL PLIEGO DE CARGOS Y EL FALLO

Conforme la lectura armónica de lo previsto en los artículos 20, de la Ley 1952 de 2019, y 72, de la Ley 2094 de 2021, la “**congruencia**” es un principio rector en el CGD, que prevé que el disciplinado no podrá ser declarado responsable por hechos ni faltas disciplinarias que no consten en el pliego de cargos, sin perjuicio de la posibilidad de su variación.

Es decir que, si la autoridad disciplinaria de juzgamiento profiere un fallo con base en hechos o faltas que no consten en el pliego de cargos, se afectan las reglas del debido proceso en su estructura formal y, de igual manera, las garantías debidas al disciplinado, y entonces tendrá vocación de prosperar el recurso de revisión con base en esta causal.

La “**congruencia**”, conforme al diccionario de la lengua española de la RAE, denota una relación lógica, la plena correspondencia de una cosa con otra; para nuestro estudio, valga decir, la relación lógica o correspondencia plena entre los presupuestos fácticos de la conducta disciplinada y la falta que con base en ella se imputan en el pliego de cargos, y lo que se decide en el fallo.

Por supuesto que lo que se busca a través del **principio de congruencia** es que el acto de la formulación de cargos, y concretamente su contenido, se erija en una garantía plena para el disciplinable, respecto de qué es de lo que se le acusa, en la medida en que al concretarse la imputación, la autoridad disciplinaria fija en ella el objeto de sus actuación y le señala al disciplinado, en forma concreta, cuál es la falta disciplinaria que se le endilga, a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa³⁵.

Entonces el disciplinado, desde la formulación del cargo, conoce de manera clara, precisa, coherente y concreta, cuál es la conducta en cuestión por la que se le disciplina, concretándose allí la formula congruente entre el pliego de cargos y la decisión final del asunto; de tal manera que, cuando la decisión final se edifica sobre hechos y faltas disciplinarias que no consten en el pliego de cargos, se rompe la congruencia que debe existir entre estas dos decisiones y, se rompe porque, *“con la formulación de acusación (entiéndase pliego de cargos), se materializa la pretensión punitiva del Estado y, por consiguiente, se fijan los límites —fáctico y jurídico— dentro de los que puede desarrollarse la correspondiente acción, que se reflejan esencialmente en el principio de congruencia, mismo que procura la salvaguarda del derecho de defensa, evitando que al procesado se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados de los cuales, por supuesto, no se defendió”*³⁶.

Así, por ejemplo, si la imputación que contiene el pliego de cargos apunta a que el disciplinado se defienda concretamente por **“proferir expresiones injuriosas”** contra otro servidor público³⁷, prosperará el recurso de revisión, con base en esta causal, si el fallo se

35 En este sentido, Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1997, en la que define el Auto de formulación de cargos.

36 “Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de veinticinco (25) de abril 2007, proferida dentro del expediente con radicado No. 26309”.

37 El artículo 39-19, de la Ley 1952 de 2019, prohíbe a todo servidor público: “Proferir expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier servidor público o contra personas con las que se tenga relación por razón del servicio”.

emite por “**proferir expresiones calumniosas**” contra otro servidor público. Esto, por cuanto no es lo mismo injuriar que calumniar y no se puede tener por sinónimo o darle el mismo significado a la calumnia, como si se tratara de una injuria. En la Ley 599 de 2000, la injuria se refiere a imputaciones deshonrosas (art. 220), la calumnia a imputaciones falsas (art. 221).

Otro caso sería aquel en el que de manera clara, precisa, coherente y concreta se le imputa al disciplinado, en el pliego de cargos, suministrar documentos con contenido que no corresponden a la realidad, esto es, con un contenido falso, para obtener un ascenso en carrera administrativa (Art. 55-6 Ley 1952 de 2019) y, en el fallo, se le sorprende por cuanto se le sanciona por falsedad en documento privado, que implica que el disciplinado haya concurrido a la falsificación, y ese hecho no se discutió, no se probó, por lo que, por lo mismo, no se le puede atribuir en el fallo porque se rompería irremediabilmente el principio de congruencia.

Importante resulta precisar que el legislador hizo la salvedad, en el sentido de que no prosperará alegar la incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo, cuando los cargos inicialmente formulados fueron variados y en esa decisión se respetaron las reglas que, conforme al debido proceso, legitiman esa decisión, esto es, las previstas al artículo 225 “D”, de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 43, de la Ley 2094 de 2021, que regula lo concerniente a la variación de los cargos.

11.4. POR NULIDAD ORIGINADA EN EL CURSO DEL PROCESO

He sostenido que la “**nulidad**” en el ámbito del derecho disciplinario³⁸ es, ante todo, la guarda que se pone al servicio o custodia del principio de legalidad tanto en su aspecto formal como material, en la medida en que, consistiendo esta en un estado de

38 Cfr. YATE CHINOME, Diomedes: “Del régimen de las pruebas y de las nulidades en el nuevo código general disciplinario”, editorial IBAÑEZ, Bogotá D.C., Enero 2021. p. 279.

anormalidad del acto procesal, al ser declarada por la autoridad competente de manera oficiosa o a solicitud de parte, busca i) la intangibilidad de las garantías fundamentales que devienen de un debido proceso; ii) el respeto de los ritos o rituales sustanciales y procesales previstos en las reglas normativas para el cabal cumplimiento de la función de administrar la justicia disciplinaria; iii) cuya declaratoria solo procede conforme los motivos o causales taxativamente enlistadas por el legislador, y siempre que, de la misma manera, se materialice o se haga realidad lo previsto a cada uno de los principios que la gobiernan³⁹.

Esta definición que hago de las “nulidades” me permite exponer aquí que, siempre que la actuación disciplinaria esté impregnada de un vicio que torne en anormal el fallo expedido, triunfará la causal de estudio y obligará a la revocación de lo decidido en el fallo sancionatorio.

Ahora bien, la solicitud de nulidad se erige en una petición rogada; esto es, el disciplinable debe alegar el vicio que estima da lugar a su declaratoria, indicando en forma concreta la causal o causales respectivas, y los fundamentos de hecho y de derecho que la sustentan, requisitos que en la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, conforme auto de casación Nro. 23-03-2006, proferido con ponencia de los H. Magistrados, ESPINOZA PÉREZ, Sigifredo y GÓMEZ QUINTERO, Alfredo, se concretan en: i) identificar el acto irregular, ii) concretar de qué manera una tal irregularidad afectó la integridad de la actuación o conculca las garantías procesales, iii) explicar

39 Los principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación están previstos en el artículo 203 de la Ley 1952 de 2019, a saber: 1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa; 2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento; 3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular; 4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales; 5. Solo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

por qué es irreparable el daño, iv) señalar el momento a partir del cual se debe reponer la actuación.

Esa petición debe hacerla el disciplinable en los términos en que los prevé el artículo 206, de la Ley 1952 de 2019, modificado por el 32, de la Ley 2094 de 2021, esto es, hasta antes de dar traslado para alegatos de conclusión.

Pese a que la rogatividad se torna en requisito *sine qua non* de la prosperidad de la nulidad que se alega, esto plantea un interrogante:

¿Es requisito de procedibilidad de esta causal, el haber alegado la nulidad en el curso del respectivo proceso y en los términos de ley?

Salvo mejor criterio, considero que no. En primer lugar, porque el legislador no lo dijo, y donde no distingue el legislador, no le es dado al intérprete distinguir; y, además, porque el legislador contempla la declaratoria oficiosa de la nulidad (art. 204 de la Ley 1952 de 2019), con la que faculta a la autoridad disciplinaria a que en cualquier estado de la actuación en que advierta la existencia de alguna de las causales que la originan, declare la nulidad de lo actuado; entonces, podemos estar en presencia de una omisión legal a cargo de dicha autoridad que, estando obligada a declarar la nulidad, no lo hace; por ejemplo, no se ordenó el cierre de la investigación⁴⁰, siendo ello un mandato perentorio *sine qua non* de la evaluación del mérito de las pruebas recaudadas y de la formulación de cargos al discipli-

40 El artículo 220, de la Ley 1952 de 2019, prevé: "**Alegatos precalificatorios.** Cuando se hayan recaudado las pruebas ordenadas en la investigación disciplinaria, o vencido el término de esta, el funcionario de conocimiento, mediante decisión de sustanciación, declarará cerrada la investigación y ordenará correr traslado por el término de diez (10) días para que los sujetos procesales puedan presentar alegatos previos a la evaluación de la investigación".

nable⁴¹ que, de no acatarse, constituye un “vicio grosero” que nulifica toda la fase de juicio.

11.5. ERROR EN LA DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA, POR VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, RAZONABILIDAD O INDEBIDA APRECIACIÓN PROBATORIA

El triunfo de esta causal exige de la probanza o demostración del error que cometió la autoridad disciplinaria de juzgamiento a la hora de escoger, asignar y graduar la sanción que contiene el fallo sancionatorio; error que, puede tener origen en: i) la violación del principio de proporcionalidad; ii) la violación del principio de razonabilidad; iii) la indebida apreciación de las pruebas.

En este último caso, esto es, el error en la dosificación de la sanción disciplinaria por “**indebida apreciación de las pruebas**”, se subsume dentro de la causal de “**violación indirecta de la ley**”, pues claramente dejamos sentado en líneas atrás que, en lo que tiene que ver con el desconocimiento de las reglas de **apreciación**, ello tendría lugar por errores de hecho producto del falso juicio de identidad, el falso juicio de existencia, y el falso juicio de raciocinio sobre los medios de prueba.

Ahora bien, el estudio del error en la “**dosificación**” o lo que es lo mismo, la determinación de la cantidad de sanción a imponer empieza por precisar que, en materia de derecho disciplinario, este tema está gobernado por el sistema de sanción de las faltas denominado de los números abiertos, o *númerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *númerus clausos* que se utilizan en el derecho penal.

41 El artículo 221, de la Ley 1942 de 2019, modificado por el 38, de la Ley 2094 de 2021, prevé: “**Decisión de evaluación.** Una vez surtida la etapa prevista en el artículo anterior, el funcionario de conocimiento, mediante decisión motivada, evaluará el mérito de las pruebas recaudadas y formulará pliego de cargos al disciplinable o terminará la actuación y ordenará el archivo, según corresponda”.

Entonces, y conforme a lo anotado, de lo que se trata es de entender con mayúscula precisión cómo es que está previsto el sistema normativo de las clases y límites de las sanciones disciplinarias, su definición, los criterios dados para su graduación, cómo opera la confesión o aceptación de cargos, ya sea que se haga en fase de investigación o en fase de juicio, cómo es que está regulado el concurso de faltas, temas estos que claramente tiene consignados el legislador en el Título V, Capítulo II, artículos 48 a 51 del CGD; amén de que, se deba precisar qué entender por proporcionalidad y qué por razonabilidad.

De manera que, cuando se alude a “**dosificación**”, se está haciendo referencia a la tarea de imposición de la sanción, la que en todo caso debe corresponder a la clasificación de la falta y a su graduación de acuerdo con los criterios fijados en la ley (art. 6° de la Ley 1952 de 2019), entendiendo claramente que, sanciones como la destitución, la suspensión, la multa y la amonestación, vienen dadas previamente por el legislador, de manera que a la autoridad disciplinaria le corresponde simplemente aplicarlas; mientras que, para el caso del complemento de la sanción, esto es de la inhabilidad general, de la inhabilidad especial, la suspensión y la multa, vienen gobernadas por una facultad discrecional reglada que se le otorga a la autoridad para que, aplicando los criterios dados por el legislador, en uno u otro caso, determine la cantidad, monto o cuantía de las mismas.

Así las cosas, y con todo lo anterior, el error al que se alude en esta causal es aquel que tiene origen en la dosificación de la sanción disciplinaria, por violación de lo que ordenan los principios rectores de proporcionalidad y de razonabilidad, previstos en el artículo 6° del CGD.

La proporcionalidad y la razonabilidad, como principios rectores que son, obligan a desplegar un exhaustivo y correcto proceso de adecuación típica de la conducta con la norma en que se subsuma, de manera que en el cargo formulado se exprese claramente y sin hesitación alguna, lo gravísimo, lo grave o lo leve

de la conducta que se debe juzgar, pues es así como se garantiza que la imposición de la sanción se dé en perfecta consonancia o correspondencia con la gravedad de la falta cometida; sin olvidar el papel preponderante que en esta tarea juega la culpabilidad, como juicio pleno de la responsabilidad disciplinaria.

De otra parte, dado que a la luz del artículo 1º Constitucional, el nuestro es un Estado Social de Derecho, los principios de **proporcionalidad** y de **razonabilidad** operan como un límite-condición que prohíbe el exceso o la desproporción en la intervención que como *ius puniendi* le asiste al Estado, comoquiera que tiene que ver con restricción de derechos, con rango o categoría de fundamentales.

No resulta exótico sostener que el fundamento constitucional de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, previstos en el CGD, está en la concepción de Estado Social de Derecho y en el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución Política, para todos los individuos y, específica o concretamente, para quienes además ostentan la doble condición de ciudadanos y servidores públicos. Pensemos, por ejemplo, en la sanción de destitución que en la práctica conlleva una clara restricción del derecho fundamental al trabajo, entre otros.

De manera que, en nuestro sentir, el **principio de proporcionalidad** en el ámbito del derecho sancionador en general, y del derecho disciplinario en particular, impone a la autoridad disciplinaria que el juicio y concreción de la sanción se haga y esté conforme o en correspondencia con la clasificación, graduación o gravedad de la falta que comete el disciplinable. Se trata de elegir la sanción más afable, más benévola, piadosa y, por supuesto, la más severa o rigurosa, si es del caso, y dependiendo del tema que se trate, la forma de culpabilidad con que se realiza la conducta o comportamiento, pues es en esta medida que se materializa o se hace realidad lo que ordena este principio rector de cara al respeto a ultranza de la teoría de los derechos fundamentales.

El **principio de razonabilidad** exige la conexión entre verdad, razón y justicia. Yendo al Diccionario de la Real Academia Española, “**Razonabilidad**” es sinónimo de “**Razonable**”; esto es, adecuado, conforme a razón, proporcionado o no exagerado.

En la Corte Constitucional, y conforme a la Sentencia C-525 de 1995, se tiene dicho que la “**Razonabilidad**” “[...] Hace relación a un juicio, raciocinio o idea, este conforme con la prudencia, la justicia o la equidad, que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad”. Y la misma Corporación entiende por [...] “**Racionalidad**, lo que expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano”.

De manera que la “**razonabilidad**”, como principio rector en la imposición de la sanción disciplinaria, conlleva la exigencia de que al momento de imponer la sanción entre las distintas establecidas por el legislador, lo haga con pleno conocimiento de causa, que legitime la legalidad de la determinación asumida en el fallo disciplinario, que la sanción impuesta no sea el producto de la mera subjetividad, del capricho o de la imprudencia, como expresión de mera arbitrariedad, o que rayen con el deber moral que lleva a dar a cada quien lo que le corresponde o le pertenezca, en un acto o ejercicio de plena equidad.

Entonces, la tarea de dosificación de la sanción disciplinaria debe obedecer a la conveniencia o necesidad de alcanzar o lograr los objetivos constitucionales y los fines del Estado, en función de las exigencias del bien común, en el marco de la potestad general sancionadora que le asiste al Estado y, específicamente, en una de sus manifestaciones: la potestad disciplinaria.

¿Y CÓMO LO LOGRA LA AUTORIDAD DISCIPLINARIA?

En primer lugar, debe escoger de manera correcta la clase de falta en la que se deba subsumir la conducta que disciplina y, para ello,

debe tener en cuenta que el legislador, aplicando técnicas diferentes, las clasifica en gravísimas, graves y leves.

Esto por cuanto, para evitar cometer un error en la dosificación de la sanción, como ya lo hemos precisado, se debe partir de entender el mandato claro del artículo 6° del CGD, esto es, que la sanción disciplinaria deba corresponder a la clasificación de la falta y a la graduación que de ella se hace, atendiendo los criterios que están fijados al artículo 47, de la Ley 1952 de 2019, modificado por el 8, de la 2094 de 2021, para determinar si la falta es grave o leve, una vez se haya descartado que no se trata de una falta de naturaleza gravísima, las que siempre están fijadas por el legislador.

En segundo lugar, la autoridad disciplinaria está obligada a realizar un exhaustivo juicio de culpabilidad, comoquiera que esta —la culpabilidad— tiene incidencia directa en la imposición de la sanción y coadyuva a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, pues de lo que se trata es de establecer si la falta ha sido cometida a **título de dolo** o a **título de culpa**, así como del grado en que estos elementos han concurrido.

Nótese que el correcto juicio de culpabilidad conlleva a que se materialicen correctamente lo que ordenan los principios de proporcionalidad y razonabilidad; pues, por ejemplo, no es lo mismo una falta cometida por imprudencia que aquella cometida con premeditación, a aquella se le debe tener como cometida con culpa y, a esta, como cometida con dolo; entonces, la proporcionalidad impide que a la falta cometida con culpa se le asigne la sanción en su grado máximo, como sería la destitución e inhabilidad general.

En materia disciplinaria la **culpa leve** no es punible, entonces, un correcto juicio de culpabilidad puede llevar a la conclusión de que la conducta típica e ilícitamente sustancial se realizó con **culpa leve**, y ahí los principios de proporcionalidad y razonabilidad impiden que a esa falta cometida con culpa leve se le asigne una sanción.

En **tercer lugar**, la autoridad disciplinaria debe tener absoluto conocimiento y manejo de los **criterios para la graduación de la sanción**, previstos por el legislador en el art. 50, de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 11, de la Ley 2094 de 2021, y aplicarlos de manera estricta o rigurosa.

En **cuarto lugar**, en caso de que la fase de investigación deba calificarse con **Auto de formulación de cargos**, ahí debe llevarse a cabo un correcto y exhaustivo proceso de adecuación típica de la conducta enjuiciada con la norma en que deba subsumirse, expresado en el pliego de cargos, de tal manera que lo que ordena no solo el principio de proporcionalidad, sino también el de razonabilidad, se proyecte desde esa actuación procesal, pues la labor de adecuación típica se habrá llevado a cabo, no solo teniendo por soporte una conducta previamente definida como falta, sino teniendo en cuenta de manera rigurosa los criterios para precisar la falta que se imputa, a manera de gravísima, grave o leve y, además, aplicando debidamente lo que ordenan los principios de especialidad y subsidiariedad de cara a la legalidad del proceso de adecuación o subsunción típica.

11.6. HABERSE ENCONTRADO O RECOBRADO DESPUÉS DE DICTADA LA DECISIÓN DOCUMENTOS DECISIVOS, CON LOS CUALES SE HUBIERA PODIDO PROFERIR UNA DECISIÓN DIFERENTE Y QUE EL RECURRENTE NO PUDO APORTARLOS AL PROCESO POR FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO O POR OBRA DE TERCERO

Esta causal consagra las siguientes situaciones normativas:

11.6.1. Haberse **encontrado**, después de dictada la decisión, documentos decisivos con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente.

11.6.2. Haberse **recobrado**, después de dictada la decisión, documentos decisivos con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente.

11.6.3. Que en las hipótesis anteriores, quien hace uso del recurso extraordinario de revisión no haya podido aportar al proceso el documento decisivo: i) por fuerza mayor o caso fortuito o; ii) por obra de un tercero.

Varios aspectos por explicar:

En primer lugar, no es lo mismo **“encontrar”** que **“recobrar”**; aquello es: *“dar con alguien o algo que se busca”*; mientras que recobrar hace alusión a *“volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía o poseía”*⁴², diferenciar el significado de los dos vocablos encuentra su sentido útil a la hora de explicar el porqué no se había podido aportar al proceso el o los documentos, en el caso en que haya sido por causa de fuerza mayor, caso fortuito o por el accionar de un tercero.

En segundo lugar, la causal se refiere a encontrar o recobrar **“documentos decisivos”**; es decir, debe tratarse de una prueba documental, que tenga la capacidad de acreditar un hecho que, sin lugar a dudas, hubiese permitido adoptar una decisión en el sentido contrario a la que es objeto del recurso de revisión.

En el libro de mi autoría, que me he permitido citar aquí ya varias veces⁴³, hago un estudio acerca de la prueba documental, empezando por definir qué entender por documento, cómo se clasifican los documentos, cuándo se está frente a un documento auténtico, entre ellos el documento electrónico, cuál es el valor probatorio de la prueba documental en la teoría general de la prueba y, en términos generales, la regulación de la prueba documental en el CGD.

Toda esta teoría es de suma importancia a la hora de estructurar la causal de revisión que nos ocupa, y lo digo porque, por ejemplo, documento será todo aquel enlistado en el artículo 424, de la Ley 906

42 Así nos lo enseña el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

43 Me refiero al rotulado: **“Del régimen de las pruebas y de las nulidades en el nuevo CGD”**. Editorial IBÁÑEZ, Bogotá D.C., año 2021.

de 2004, a saber: manuscrito, mecanografiado, impresos, grabaciones magnetofónicas, discos de todas las especies que contengan grabaciones, grabaciones fonópticas o videos, películas cinematográficas, grabaciones computacionales, mensajes de datos, el télex, telefax, fotografías, radiografías, ecografías, tomografías, electroencefalogramas, electrocardiogramas, y cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores.

Además de los anteriores, también son documentos los enlistados en la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, al artículo 243, a saber: los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares⁴⁴.

Súmese a lo anotado lo que tiene que ver con el documento electrónico, el que para los efectos de la probanza de la responsabilidad disciplinaria sería todo aquel que está en plena capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel, y un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos exigidos por la ley, y en todo caso que no atenten contra lo que impone aportar al proceso un medio de prueba respetando los principios de legalidad de la prueba y de lo que impone la cláusula de exclusión probatoria; en otras palabras, que no atenten contra la dignidad humana y las garantías constitucionales.

44 Sobre el particular, nuestra Corte Constitucional, desde la sentencia C-356 de 2003, viene sosteniendo que: dichos medios o soportes variados del documento han sido ampliados notablemente por el desarrollo de la tecnología en los campos de la informática, que se ocupa del procesamiento y almacenamiento de la información por medios automatizados, y la telemática, que se ocupa del intercambio de información entre equipos informáticos.

De manera que, como la exigencia mayúscula de la causal en estudio sea el que se trate de una prueba documental, habrá que estudiarse pacíficamente el tema que, por demás, es complejo en el nuevo orden que impone la informática y la tecnología en general.

En tercer lugar, como quedó expuesto en líneas atrás, no todo documento encontrado o recobrado después de dictado el fallo disciplinario sancionatorio tiene la potencia de fundar la causal de revisión de estudio, pues la exigencia legal está en que se trate de un **“documento decisivo”**.

Yendo al Diccionario de la Lengua Española de la RAE, lo “decisivo” es aquello que “decide o resuelve”, “que tiene consecuencias importantes”; entonces, en mi criterio, el documento decisivo al que se alude en esta causal, lo será todo aquel capaz de generar un efecto jurídico probatorio válido, con consecuencias vinculantes, a punto tal que obligan irremediabilmente a la revocación de la decisión que se ataca con el recurso de revisión.

Y, por último, quien hace uso del recurso de revisión debe probar, por supuesto, con cualquiera de los medios de prueba idóneos y pertinentes autorizados por el legislador en el CGD, que no pudo aportar en el curso del proceso, el documento que cambiaría la decisión, por razones de fuerza mayor o caso fortuito o por obra de un tercero.

En el libro también de mi autoría⁴⁵, refiriéndome a las causales excluyentes de responsabilidad, abordo el tema de la fuerza mayor o caso fortuito, y sostengo que, conforme a la definición que de ella hace el artículo 1º, de la Ley 95 de 1890, que subrogó el artículo 64, del Código Civil, se extraen dos elementos esenciales, a partir de los cuales se funda este concepto: la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

45 “De la ley disciplinaria al amparo de sus principios rectores —Tendencias y proyecciones—”, actualizado con la Ley 1952 de 2019. Editorial IBÁÑEZ, Bogotá D.C. 2020. p. 230 y siguientes.

Entonces, se deberá probar que el documento que cambiaría la decisión que se recurre no se pudo aportar oportunamente al proceso por un acontecimiento extraño, súbito o inesperado, o por un hecho o circunstancia fatal irresistible, incontrastable a punto tal de que no se haya podido evitar su acaecimiento, ni superar sus consecuencias; en otras palabras, entender que: *“{...} La fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal, es “el imprevisto al que no es posible resistir, lo que significa que el hecho constitutivo de tal debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad, y del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos {...} No se trata, entonces, per se de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular-inconcreto”⁴⁶”*.

Otra cosa resulta ser el hecho de la intervención u obrar de un tercero, quien resulta ser el directo responsable de que el medio de prueba documental no se haya podido allegar en el curso del proceso.

Aquí se debe tener claro que, lo que exige la causal de estudio, es que se allegue el documento que tenía en su poder o del que sabía ese tercero y que finalmente apareció, siendo procedente alegar la culpabilidad de este como razón de no haber podido allegar el documento como tal en la debida oportunidad procesal. Se trata de demostrar que, en últimas, esa fue la causa por la cual no se allegó el documento en el curso del proceso, y que ahora sí es posible hacerlo.

46 Así lo tiene dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el veintinueve (29) de abril de 2005, dentro del expediente con radicado Nro. 0829 de 1992, con ponencia del Magistrado: JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. La lectura de esta sentencia es de obligatoria lectura para la mejor comprensión y apropiación de este tema.

11.7. HABERSE DICTADO LA DECISIÓN CON FUNDAMENTO EN DOCUMENTOS FALSOS

Ya en el numeral inmediatamente anterior reseñamos a qué tipo de documentos puede estar refiriéndose en esta causal el legislador y, sobre los que precisa que, de ser falsos, y con base en ellos, haberse dictado el fallo sancionatorio estaría llamado a prosperar el recurso de revisión.

Podríamos decir que un documento falso es todo aquel que ha sido alterado o modificado en todo o en parte en su contenido, sin autorización alguna o de manera fraudulenta con un propósito determinado que, en todo caso, no está acorde con la ley.

Conforme al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la RAE, se trata de un documento no auténtico, esto es, que no ha sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en él se expresa.

Conforme con estas definiciones, y tal como está redactada esta causal, surgen varias inquietudes: i) se exige que el documento haya sido declarado falso dentro de un proceso por autoridad penal o civil competente; ii) ese documento puede tenerse por falso conforme la retractación del autor de la falsedad; iii) debió haberse tachado de falso el documento en el juicio disciplinario y, particularmente, en fase del periodo de pruebas.

La respuesta de cada una de estas inquietudes exige, por supuesto, una explicación. Veamos:

En lo que respecta a la pregunta de si se exige que el documento haya sido declarado falso dentro de un proceso, y por autoridad penal o civil competente, considero que debe ser así, por cuanto en sede del recurso de revisión no podría darse ese debate; es decir, la causal se habilita cuando se tenga la certeza de que el fallo disciplinario se dictó con fundamento en un documento que, después de haberse

proferido, es declarado falso y podrá llevarse como prueba en la medida en que así consta en la respectiva sentencia penal o civil.

Pero esto plantea otro interrogante:

¿Qué pasa si la decisión de la autoridad competente que declare la falsedad del documento se conoce vencidos los treinta (30) días que tiene el sancionado para interponer el recurso extraordinario de revisión?

Será afortunado si esa decisión se conoce dentro de ese plazo; mas no lo será, una vez precluya el mismo, porque no se podrá atacar la decisión acudiendo a este instrumento legal.

Ahora bien, nos hemos preguntado si ese documento se puede tener por falso conforme a la retractación del autor de la falsedad, y creemos que sí. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, el tema es exactamente el mismo: qué pasa si la retractación consta en acta, sentencias o documento oficial que se conoce vencido el plazo con que cuenta el disciplinado para acatar la sanción a través del recurso extraordinario de revisión.

Finalmente, creo que la causal está diseñada específicamente para el caso en el que dentro del juicio disciplinario y, concretamente en el periodo de pruebas, se haya dado el debate jurídico-procesal acerca de la tacha de falsedad del documento y el juzgador de instancia lo haya desestimado.

Entonces, lo que procede será alegar la causal y demostrar el error de hecho o de derecho que conllevó a la indebida apreciación, interpretación o valoración de las razones por las que se negó la tacha de falsedad del documento, cuando en realidad lo que correspondía era tacharlo de falso, siendo esa la decisión que ha debido tomarse, y con lo que el sentido del fallo debió ser distinto.

Respalda esta última afirmación el que al artículo 190, de la Ley 1952 de 2019, se regule el tema del documento tachado de falso;

en el que, entre otras, se autoriza traer al proceso disciplinario el documento tachado de falso que se hallare en otro proceso, que bien puede ser, de naturaleza disciplinaria, penal o civil⁴⁷.

11.8. CUANDO SE DEMUESTRE, MEDIANTE DECISIÓN EN FIRME, QUE LA DECISIÓN FUE DETERMINADA POR UN DELITO DEL FUNCIONARIO QUE PROFIRIÓ LA DECISIÓN O DE UN TERCERO

Aquí se plantean dos (2) hipótesis: i) Demostrar que la decisión fue determinada por un delito del funcionario que profirió la decisión; ii) Demostrar que la decisión fue determinada por un delito de un tercero. La causal alude a una “decisión en firme”, esto es, que en los dos casos se requiere de la sentencia del juez penal individual o colegiado, que ha hecho tránsito a cosa juzgada y ha quedado en firme en la que conste la respectiva condena.

En la primera de las hipótesis sería el caso de la autoridad disciplinaria con competencia para proferir el fallo que, recibió para sí o para otro, dinero o utilidad o aceptó promesa remuneratoria y, en razón de ello, profirió el fallo sancionando al disciplinado, delito que en la Ley 599 de 2000 —Código penal— está previsto en el artículo 405, bajo el título de Cohecho.

En la segunda de las hipótesis sería, por ejemplo, el caso de un tercero particular que paga para que la autoridad disciplinaria, que tiene la competencia para fallar el proceso, lo falle sancionando al disciplinado; la sentencia penal, debidamente ejecutoriada y en firme, debe contener la condena en contra de este tercero.

Esta causal plantea un interrogante:

⁴⁷ La Ley 1564 de 2012 o Código General Disciplinario, en los artículos 269, 270 y 271, regula la procedencia de la tacha, el trámite y los efectos de la declaratoria de falsedad.

¿Qué pasa en todos aquellos casos en los que la condena penal en firme, en uno u otro caso, se conoce vencidos los treinta (30) días que tiene el disciplinado para interponer el recurso?

En mi criterio esa circunstancia hace totalmente inviable la procedencia de esta causal, la que solo podría alegarse si la condena penal debidamente ejecutoriada, y en firme, se conoce dentro del plazo de los treinta (30) días con los que se cuenta para interponer el recurso.

11.9. CUANDO POR PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL O DEL CONSEJO DE ESTADO SE MODIFIQUE FAVORABLEMENTE EL CRITERIO EN EL QUE SE FUNDAMENTÓ LA DECISIÓN RECURRIDA

Lo aquí previsto se encuentra en la línea de pensamiento de la Corte Constitucional, como el expuesto en la sentencia C-539 de 2011, en la que tiene dicho que, todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial de orden nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que, como parte de esa sujeción, están obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional⁴⁸.

De manera que, la comisión redactora del CGD, atendiendo claramente que por mandato superior la PGN está obligada a considerar parámetros constitucionales de interpretación, concibió esta causal de revisión, en el entendido de que se trata de un organismo de control disciplinario de naturaleza administrativa de orden nacional, a la

48 Cfr. "Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-539 de 2011, Expediente: D-8351, Magistrado Ponente: VARGAS SILVA, Luís Ernesto, Demanda de inconstitucionalidad presentada por FUO, contra el artículo 114 (parcial) de la Ley 1395 de 2010. "Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial". Asunto: AUTORIDADES PÚBLICAS ADMINISTRATIVAS. Acatamiento de las decisiones judiciales y del precedente judicial dictado por las Altas Cortes / AUTORIDAD PÚBLICA -Prerrogativas justificadas en una razón suficiente / ACTIVIDAD JUDICIAL - Sujeción al imperio de la ley".

que, por demás, tal y como lo hemos venido explicando a lo largo y ancho de esta monografía, se le han atribuido funciones jurisdiccionales para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, incluyendo a los de elección popular, por virtud de lo cual le asiste competencia Constitucional (Art. 277-6 C.P.), y legal (Art. 2° del CGD), para adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones, entre las que se encuentran la de destitución e inhabilidad general.

En esta misma línea de pensamiento, el profesor Laverde Álvarez, explica que las autoridades administrativas *“están sujetas a la interpretación que hacen los órganos de cierre de cada jurisdicción sobre las normas aplicables al caso, lo cual asegura la validez de sus decisiones y la plena efectividad de los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica. Por ende, el desconocimiento del precedente judicial viola el debido proceso y afecta la validez de los actos administrativos sancionatorios, según lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-539 de 2011”*⁴⁹.

Ahora bien, descendiendo a la causal de estudio, encuentro que la redacción literal de la misma nos obliga a hacer los siguientes comentarios:

11.9.1. En primer lugar, cuando se alude a **“precedente”**, debemos intuir por tal, el deber imperativo que le asiste a la PGN de aplicar el carácter vinculante general de la **ratio decidendi** de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado⁵⁰.

49 LAVERDE ÁLVAREZ, Juan Manuel: “Manual de procedimiento administrativo sancionatorio”, Editorial Legis, 2ª edición, Bogotá, Colombia, 2018. p. 51 y siguientes.

50 En la Sentencia C-539-2011, expone la Corte que atender el carácter vinculante general de la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, coadyuva en la tarea de hacer realidad: i) el presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho – Art. 1 Costitucional; ii) el desarrollo de uno de los fines esenciales del Estado, como lo es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –Art. 2 Constitucional; iii) La materialización de la jerarquía superior de la Constitución –Art. 4 Superior; vi) El mandato de sujeción consagrado

Aquí debe llamarnos la atención que solo se haga referencia al **precedente** que tiene origen en la Corte Constitucional y en el Consejo de Estado, pues no se entiende por qué se excluye la **ratio decidendi** de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, particularmente de la Sala de Casación Penal e incluso la de las sentencias proferidas en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, si tal y como lo resaltamos en líneas atrás, la guardiana de la integridad y supremacía de nuestra Carta Política precisa que el precedente judicial que está obligado a acatarse por las autoridades, entre otras, recae sobre los fallos de las Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.

Súmese a lo anterior el que, por ejemplo, en las faltas gravísimas, previstas expresamente por el legislador en el CGD, hay un tipo que abre la puerta para traer a la potestad disciplinaria instruir y sancionar, si es del caso, la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo (Art. 65 del CGD), dando cabida así a la probable aplicación del precedente que tiene origen en el órgano de cierre de la jurisdicción penal, pues es evidente que de lo que se trata es de disciplinar tipos penales conforme a las prescripciones del artículo 65 *ibidem*, a cuya interpretación no escapa la fuerza vinculante del precedente judicial de ese organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria.

En nuestro criterio, no existe razón suficiente y necesaria para discriminar el precedente judicial que deviene de la jurisdicción ordinaria, Sala de Casación Penal y, salvo mejor criterio, afirmamos que también está llamado a aplicarse cuando de impetrar el recurso extraordinario de revisión se trate, así en la causal de estudio no se tenga

expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 de la Carta Política; v) El mandato del debido proceso y del principio de legalidad –Art.29 Constitucional-; vi) El mandato del derecho a la igualdad –Art.13 Superior Constitucional-; vii) El mandato del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –Art.83 de la Carta Política-; viii) el mandato de los principios de la función administrativa –Art. 209 Constitucional; ix) el mandato de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; x) así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.

expresamente previsto, insisto, máxime si se trata de una decisión final a manera de fallo sancionatorio proferido por la realización de una falta que involucra violación de una de las conductas descritas en la ley penal como delito sancionable a título de dolo.

11.9.2. En segundo lugar, tenemos que, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, nos dice que se puede clasificar al **precedente** en dos categorías: “(i) el *precedente horizontal*, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario y; (ii) el *precedente vertical*, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El *precedente horizontal* tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el *precedente vertical*, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales”⁵¹.

Entonces, la pregunta aquí es:

¿A cuál de las clasificaciones que del precedente judicial hace la Corte es al que se refiere la causal de estudio?

No dudo en responder que es al **precedente vertical**, pues así se desprende de la redacción que trae la causal que estudiamos, comoquiera que se dice: “**cuando por precedente de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado**”, siendo estas dos Corporaciones Judiciales órganos de cierre de la respectiva jurisdicción y, por ende, las encargadas o llamadas a unificar la jurisprudencia.

51 “Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Unificación SU354-2017, Expediente: T-5.882.857, Acción de Tutela instaurada por la FGN, contra la Sala Especial de Decisión 20 de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Asunto: Precedente judicial – Definición / Precedente judicial horizontal y vertical. Alcance y carácter vinculante”.

Además porque este, el **precedente vertical**, es el que está en perfecta consonancia con lo que se persigue con esta causal; esto es, que si se modifica favorablemente el criterio en el que se fundó la decisión recurrida, ese hecho limita la “autonomía judicial” de la autoridad disciplinaria, pues si no se respeta la postura de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado, esta causal estaría llamada a prosperar.

11.9.3. De otra parte, y quizá la crítica mayor, está en que, si en efecto a lo que aquí se alude es al “**precedente judicial**”, es errando o inapropiado aludir a que se “**modifique favorablemente el criterio**”, por cuanto, conforme la basta jurisprudencia producida en la Corte Constitucional, lo que obliga o crea el “precedente judicial” es la “**ratio decidendi**” que contiene la sentencia, y no el “**criterio**”, pues si entendemos por tal, un juicio o discernimiento⁵², estamos frente a los llamados “*obiter dicta*” que, en voz de la Corte Constitucional: “*Los obiter dicta o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación*”⁵³.

52 Así conforme lo define el D.L.E. de la R.A.E.

53 Cfr. “Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1300 de 2001, Expediente: T-463299, Magistrado Ponente: MONROY CABRA, Marco Gerardo, Acción de Tutela instaurada por RGH, contra el Juez Regional de Bogotá, Tribunal Nacional o quien haga sus veces, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Asunto: Precedente Constitucional – Fuerza vinculante / Conceptos”. En esta Sentencia tiene dicho la Guardiana de nuestra Carta Política: “*En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación*”.

11.9.4. En reiteradas sentencias⁵⁴, nuestra Corte Constitucional ha definido al precedente judicial como: “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares”.

Lo dicho por la Corte nos permite precisar que, la *ratio decidendi* de determinada sentencia, está llamada a aplicarse por jueces posteriores o, si se quiere, por las autoridades administrativas titulares de la potestad disciplinaria, en casos ulteriores; entendiendo, además, o teniendo presente que, en el caso de las sentencias proferidas en el seno del Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, constituirá **precedente judicial** que obliga a la Procuraduría, el que en esa jurisdicción, en tres o más casos, se tenga como *ratio decidendi*, por ejemplo, declarar la nulidad de la prueba, respecto de la cual se ha violado la cadena de custodia; y que, para el caso del precedente Constitucional, aplica conforme una sola sentencia o, dicho en otros términos, lo decidido en una sola sentencia constituye precedente obligatorio y vinculante para la PGN.

El Profesor BERNAL PULIDO nos enseña que, en los precedentes, solo la *ratio decidendi* vincula a los jueces, quienes deben aplicarla para solucionar los casos futuros, a menos que puedan aducir razones bien fundadas para apartarse de ella, en caso de

54 Entre ellas, la SU-354 de 2017, que ya hemos citado en líneas atrás.

que ocurran los supuestos en que el precedente deba ser inaplicado o modificado⁵⁵.

Ahora bien, si aterrizamos al estudio de nuestra causal lo así expuesto por la Corte y la Doctrina, nos encontramos con el siguiente caso:

Comoquiera que el recurso extraordinario de revisión, por expresa disposición del legislador, debe interponerse dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión disciplinaria (Art. 238D-CGD), puede suceder que, en el curso de este plazo, se conozca un pronunciamiento que

55 En la revista de "Derecho del Estado No. 21, editada por la Universidad Externado de Colombia, en diciembre del 2008, el profesor BERNAL PULIDO, Carlos, en el artículo de su autoría rotulado: "El precedente en Colombia", sostuvo: "III. Conclusión. Con base en la argumentación anterior puede concluirse que a pesar de que el derecho colombiano tiene la estructura y los fundamentos de un sistema de derecho continental, después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente. Este carácter se fundamenta en una renovada interpretación del artículo 230 de la Constitución, según la cual, la jurisprudencia, que explicita el contenido normativo de las disposiciones jurídicas, forma parte del imperio de la ley que resulta vinculante para el juez. Esta interpretación, asimismo, es coherente con el respeto del principio de igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Asimismo, se ha señalado que mientras una sola sentencia de la Corte Constitucional tiene el carácter de precedente, en la jurisprudencia ordinaria solo habrá precedente cuando se construya una línea jurisprudencial de, por lo menos, tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho. En los precedentes, solo la ratio decidendi vincula a los jueces, quienes deben aplicarla para solucionar los casos futuros, a menos que puedan aducir razones bien fundadas para apartarse de ella, en caso de que ocurran los supuestos en que el precedente deba ser inaplicado o modificado. Finalmente, debe decirse que la fuerza vinculante del precedente parece consolidarse cada día en la práctica jurídica colombiana. No obstante, aun hay por lo menos dos obstáculos, uno institucional y uno fáctico, que dificultan su desarrollo. El institucional es la carencia de una delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, que determine con rigor los ámbitos de vinculación de la jurisprudencia de una y de otra. El fáctico es la carencia de compilaciones exhaustivas de la jurisprudencia, que permitan su divulgación, y de una dogmática que la analice, la construya en forma de sistema y la critique".

modifique favorablemente el criterio en el que se fundamentó la decisión que es objeto del recurso de revisión; la pregunta obligada sería:

¿Cómo proceder en este caso?

En mi criterio, la respuesta está en que las Salas Especiales de Decisión del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de lo Contencioso Administrativos, quienes son las autoridades competentes para conocer del recurso extraordinario de revisión (Art. 238B-CGD), están facultadas para realizar o llevar a cabo un control jurisdiccional integral y pleno a las decisiones de la PGN, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, razón por la cual, en su tarea, estos jueces no se encuentran sometidos a limitante alguna que restrinja su competencia.

Nuestra ilación encuentra respaldo en lo que tiene dicho la Sala Plena del Consejo de Estado, a saber: ***“Control judicial integral respecto de las decisiones administrativas sancionatorias.*** Con la sentencia de unificación, proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se dio inicio a una nueva línea interpretativa en torno al control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria. Al respecto, señaló la providencia que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva, ese control es de carácter integral por cuanto exige una revisión legal y constitucional de las actuaciones surtidas ante los titulares de la acción disciplinaria, sin que, para tales efectos, el juez se encuentre sometido a limitantes que restrinjan su competencia. En dicha oportunidad, la Corporación fue enfática en explicar que, siendo la función disciplinaria una manifestación de la potestad pública sancionatoria que busca mantener la actividad estatal sujeta a los límites legales y constitucionales, no es da-

ble restringir las facultades de la jurisdicción en la realización de dicho estudio”⁵⁶.

Además que, en la sentencia que acabamos de citar a pie de página, la Subsección alude a la Sentencia C-197 de 1999, en la que la Corte Constitucional efectuó un análisis de constitucionalidad del numeral 4° del artículo 137 del CCA, y declaró su exequibilidad condicionada bajo la premisa de que, en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos y de otros criterios prácticos, quien demanda tiene el deber de explicar el concepto de violación frente a los actos acusados, no obstante que: ***“si el juez administrativo advierte la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica, tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución”***. (Resaltado DYCH).

Y, precisamente, lo que en nuestro análisis puede suceder es que los jueces con competencia para conocer del recurso de revisión, apoyados en la sentencia del Consejo de Estado que estoy citando, y la C-197 de 1999, que conozcan en el curso de los treinta (30) días que el legislador previó como plazo para hacer

56 “Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “A”, Consejero ponente: HERNÁNDEZ GÓMEZ, William, Sentencia de veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), Radicación: nulidad y restablecimiento del derecho -110010325000201200197 00 (0815-2012). Demandante: Edgar Ernesto Torres Caicedo, Demandados: Nación, Procuraduría General de la Nación y Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital de Bogotá. Temas: Control judicial integral de los actos sancionatorios disciplinarios. Interpretación de la demanda y excepción a la aplicación del principio de la justicia rogada en el análisis de la tipicidad de la conducta por la que fue sancionado el demandante. Elementos necesarios para la configuración de la falta disciplinaria gravísima consagrada en el numeral 31 del artículo 48 del CDU, por participar en la actividad contractual con desconocimiento de los principios constitucionales y legales de la contratación estatal y la función administrativa”.

uso del mismo, de la existencia de un precedente de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado con el que se modifique favorablemente el criterio en que se fundamentó la decisión recurrida, se vean abocados a salir en defensa de la legalidad, procedan de manera oficiosa en la interpretación y decisión, y hagan valer el mandato superior que les impone que, siendo la Constitución norma de normas, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se apliquen las disposiciones constitucionales, siendo una manifestación de ello los precedentes judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL PULIDO, Carlos: Revista de “Derecho del Estado No. 21, editada por la Universidad Externado de Colombia. Bogotá - Colombia, Diciembre de 2008.

FORERO SALCEDO, José Rori: “Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado Colombiano – La influencia del derecho comparado”. Universidad Libre, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Bogotá – Colombia, Diciembre de 2011.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo: “Problemas centrales del derecho disciplinario”, Colección de Derecho Disciplinario, Vol. 1. Editorial ICDD-Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá - Colombia, Enero de 2009. Págs. 171 a 200.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y GÓMEZ BARRANCO, María Marta: “Derecho Sancionador y Derecho Disciplinario – Vicisitudes a propósito de la Sentencia de julio 8 de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Ley 2094 de 2021”. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá - Colombia, Julio de 2021.

GÓMEZ QUINTERO, Sofía - GALINDO GONZÁLES, WILSON DAVID - ARAUJO HERNÁNDEZ, Yvette & RESTREPO RAMÍREZ, Sirli Lorena: “Debates fundamentales sobre derecho disciplinario – Del quejoso disciplinario”, Ensayo No.17, Obra Colectiva, Tomo IV, Bogotá - Colombia, mayo de 2022. Págs. 709 a 728.

LAVERDE ÁLVAREZ, Juan Manuel: “Manual de procedimiento administrativo sancionatorio”, 2ª edición, Editorial Legis, Bogotá – Colombia, Diciembre 2019.

REYES CUARTAS, José Fernando: “Dos estudios de derecho sancionador estatal”. Colección Derecho Disciplinario No. 3. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Agosto de 2003.

USUGA MENDOZA, Luis Mauricio: “Debates fundamentales sobre derecho disciplinario – Una aproximación al recurso extraordinario de revisión consagrado en la Ley 2094 de 2021”, Obra Colectiva, Tomo IV, Ensayo No.17, Bogotá - Colombia, mayo de 2022. Págs. 841 a 862.

YATE CHINOME, Diomedes: “De la Ley Disciplinaria al amparo de sus principios rectores-Tendencias y proyecciones”. Actualizada con la Ley 1952 de 2019 C.G.D. Segunda edición, Editorial IBAÑEZ, Bogotá - Colombia, julio de 2020.

YATE CHINOME, Diomedes: “Del régimen de las pruebas y de las nulidades en el nuevo Código General Disciplinario”. Editorial IBAÑEZ, Bogotá - Colombia, enero de 2021.

YATE CHINOME, Diomedes: “Debates fundamentales sobre derecho disciplinario” – Ensayo No. 14: “Del Régimen de la Sanción disciplinaria”, Tomo IV, Obra Colegiada, dirigida por GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, y otros. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá - Colombia, mayo 2022.

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR EN COLOMBIA

ANDREA NATALY BERMÚDEZ SÁNCHEZ
CARLOS HUMBERTO GARCÍA PARRADO¹

RESUMEN:

La Procuraduría General de la Nación ha ejercido tradicionalmente la potestad disciplinaria frente a los servidores públicos de elección popular, lo que ha implicado adoptar materialmente decisiones jurisdiccionales —como lo han reconocido la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, que limitan sus derechos políticos en virtud de una sanción. La vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas es una competencia de índole constitucional y tiene significativa importancia en el marco de la lucha contra la corrupción. El control disciplinario de todos los servidores públicos, incluidos los de elección popular, es una premisa necesaria para el cumplimiento de los fines estatales, que se funda en el principio constitucional de responsabilidad, el cual es definitorio de nuestro Estado social de derecho. La competencia del órgano de control autónomo frente a los servidores públicos de elección popular ha sido objeto de múltiples cuestionamientos, a partir de la sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 8 de julio de 2020, en

1 Procuradora y Procurador Delegados de la Sala Disciplinaria de Servidores Públicos de Elección Popular.

el caso Petro Urrego contra Colombia, en la que se condenó al Estado colombiano por el incumplimiento del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, a través de la modificación al Código General Disciplinario, se realizó la armonización del régimen disciplinario de los servidores públicos de elección popular con el ordenamiento interamericano de derechos humanos, estableciendo un catálogo de amplias garantías judiciales constitutivas del debido proceso que debe seguirse rigurosamente dentro de la actuación procesal para la determinación de su responsabilidad disciplinaria.

PALABRAS CLAVE:

Constitución Política, Convención Interamericana de Derechos Humanos, responsabilidad, responsabilidad disciplinaria, servidores públicos de elección popular, competencia, Procuraduría General de la Nación, facultades jurisdiccionales, control de convencionalidad, derechos políticos, sanciones, garantías procesales, corrupción.

ABSTRACT:

The Attorney General's Office has traditionally exerted disciplinary power facing elected public servants. This has implied adopting jurisdictional material decisions -as recognized by the Colombian Constitutional Court and the Inter-american Court of Human Rights-, which has limited their political rights by virtue of a sanction. The superior surveillance of the official conduct of those who perform public functions is a competence of constitutional nature and has significant relevance within the frame of the fight against corruption. The disciplinary oversight of all public servants, including the ones of popular election, is a necessary premise for the fulfillment of purposes, which is based on the constitutional principle of responsibility, which defines our social State of law. The competence of this autonomous control entity to popularly elected public servants has been a subject of multiple questions since Inter-american Court of Human Rights in the case of *Petro Urrego v. Colombia*, judgment of July 8, 2020, in which the Colombian State was condemned for failing to comply with article 23 of the American Convention of Human Rights. Thus, through the modification of the General Disciplinary Code, the disciplinary regime of public servants elected by popular vote was aligned with the Inter-american human rights legal system, establishing a catalog of extensive judicial constituting guarantees that must be rigorously followed within the procedural action to determine their disciplinary responsibility.

KEYWORDS:

Political Constitution, American Convention on Human Rights, liability, disciplinary responsibility, popularly elected public servants, competition, Attorney General's Office, jurisdictional powers, conventionality control, political rights, sanctions, procedural guarantees, corruption.

INTRODUCCIÓN

Uno de los ejes definitorios del ordenamiento constitucional colombiano, como lo ha reseñado la Corte Constitucional², es la cláusula contenida en el artículo 1° de la Constitución Política de 1991, según la cual «Colombia es un Estado social de derecho», lo que implica, entre otras connotaciones, que la acción estatal está sujeta a controles. En efecto, la expresión «Estado de derecho», que sustenta el principio de legalidad, como eje transversal del sistema jurídico, impone que «la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir, que se ciñe al derecho»³, lo que se traduce en que todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares que cumplen función pública están sometidas a los diversos instrumentos de control, consagrados en la Constitución Política o en la ley.

Dichos controles pueden ejercerse con respecto a las distintas manifestaciones estatales⁴, como cuando se demanda por inconstitucionalidad una ley por no ajustarse a la norma fundamental, o un acto administrativo, por contener un vicio invalidante; o frente a la actividad que representa la función pública, por ejemplo, el control interno o el sistema de gestión de calidad e, incluso, con relación a la conducta del agente, en el caso del control penal o el disciplinario. En ese panorama se habla de control social, control político, control jurisdiccional, control administrativo y control por pesos y contrapesos, entre otros.

Los respectivos mecanismos de control encuentran fundamento en la necesidad de que el Estado cumpla con su finalidad, la cual se concreta en la satisfacción de las necesidades del colectivo so-

2 Entre otras, sentencias C-551 de 2003, C-288 de 2012 y C-010 de 2013.

3 Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001.

4 Entendemos por «manifestaciones estatales» las formas como se exterioriza la actuación del aparato estatal en el cumplimiento de sus funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional, v.g. leyes, actos administrativos, actos jurisdiccionales, etc.

cial, que políticamente se denominan como «fines esenciales del Estado»⁵. En este sentido, el artículo 209 constitucional, consagra que: «la función administrativa está al servicio de los intereses generales [...]», del mismo modo que el artículo 4º de la Ley 489 de 1998 previó que «la función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política», axioma que se debe predicar de toda función y actuación pública, puesto que no se reduce solamente a la actividad administrativa y, aunque no se encuentra una disposición que la prevea para las funciones legislativa o judicial, es claro que la misionalidad de estas no puede ser distinta o ajena al cumplimiento de los fines estatales.

Con semejante propósito, devienen entonces necesarios los referidos controles, pues urge que la acción estatal y la actuación de quienes cumplan función pública se encausen dentro de la legalidad, vista en su aspecto formal y sustancial.

El control disciplinario, de modo particular, tiene como objeto «garantizar que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados»⁶, esto es, que la conducta oficial del servidor público, sin distinción, se afirme en la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético necesarios para el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo⁷, lo que se conoce como deberes o relaciones especiales de

5 Son fines esenciales del Estado: 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. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

6 Sentencia C-1061 de 2003.

7 Sentencias C-341 de 1996, C-196 de 1994 y C-826 de 2013.

sujeción de los funcionarios públicos. El derecho disciplinario —ha dicho la Corte Constitucional— es una herramienta fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado⁸.

Este control, además, subyace en otro eje fundamental de la estructura constitucional del país, cual es el principio de responsabilidad, anclado en los artículos 6º, 92, 122 y 123 de la Carta Política, que consagran la responsabilidad del servidor público por acción o por omisión en el ejercicio de sus funciones. La Corte Constitucional, al respecto, concluyó que «la posibilidad de que el Estado imponga sanciones a los funcionarios públicos que desconozcan la ley y sus deberes funcionales a través del derecho disciplinario se encuentra claramente sustentada en los artículos 6º, 92, 122 y 123 de la Constitución Política»⁹. Por lo dicho, la responsabilidad disciplinaria es fundamental para el actuar recto de los servidores públicos y como instrumento de lucha contra la corrupción.

Ahora bien, sobre el régimen disciplinario de los servidores públicos de elección popular, con la sentencia del 8 de julio de 2020, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en el caso de Gustavo Petro Urrego contra Colombia, significó un punto de quiebre trascendente por cuanto planteó que la Procuraduría General de la Nación carece de competencia para investigar, juzgar y sancionar a dichos funcionarios, por tratarse de una autoridad administrativa, lo que podría conllevar a la afectación de derechos políticos, decisión que solo podría adoptar una autoridad judicial dentro de proceso penal. Consideró la CorteIDH que el Estado colombiano desconoció el artículo 23, inciso 2, del Pacto de San José de Costa Rica, puesto que, en una interpretación literal, debía entenderse que toda sanción restrictiva de esos derechos, entre ellos, el de

8 Sentencia C-721 de 2015.

9 Ibidem

elegir y ser elegido, debe ser resultado de una condena proferida exclusivamente por juez penal.

Por ello, bajo los parámetros de la descrita decisión, correspondió al Estado colombiano revisar la forma en que tradicionalmente la Procuraduría General de la Nación ha cumplido la función disciplinaria. De ahí que, en ejercicio de la libertad de configuración interna o margen de apreciación estatal, el Congreso de la República se dio a la tarea de armonizar la manera en que este ente de control ejerce el poder disciplinario con la decisión convencional y la interpretación evolutiva que del artículo 23 de la CADH ha hecho tanto la Corte Constitucional¹⁰ como la CorteIDH¹¹.

Con el anterior trasfondo, el presente artículo tiene por objeto hacer una aproximación al régimen de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos de elección popular. En ese entendido, se abordarán los siguientes temas: 1) Marco histórico del régimen disciplinario de los servidores públicos de elección popular. Naturaleza constitucional de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar, juzgar y sancionar servidores públicos de elección popular; 2) Análisis convencional de la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. El caso especial de las faltas constitutivas de actos de corrupción y; 3) El Régimen disciplinario de los servidores públicos de elección popular en el Código General Disciplinario. Finalmente, se plasmarán las conclusiones derivadas de cada uno de los mencionados apartes.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 2021. El valor hermenéutico de las sentencias proferidas por la Corte IDH depende de que la jurisprudencia interamericana sea uniforme, reiterada y compatible con el ordenamiento constitucional porque, de lo contrario, “*no tendría la capacidad de alterar el parámetro de constitucionalidad*”.

11 CIDH, Caso Wong Ho Wing Vs. Perú (Sentencia del 30 de junio de 2015). “La función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, sin perjuicio de que otros órganos o autoridades públicas puedan ejercer funciones jurisdiccionales en determinadas situaciones específicas”.

1. MARCO HISTÓRICO DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR

El debido comportamiento de los servidores públicos constituye una premisa fundamental para el cumplimiento de la misionalidad estatal. Esta idea, que surgió desde organizaciones políticas anteriores al Estado, en general, ha permanecido hasta nuestros días, con las adaptaciones propias a las circunstancias históricas. Ahí, sin duda, tiene su génesis el derecho disciplinario como instrumento no solo de control jurídico, sino ético y sociológico.

Quizá por ello fue que el libertador Simón Bolívar previó la necesidad de instaurar un *control moral* sobre el funcionamiento de los estamentos estatales, como lo propuso en el Congreso de Angostura de 1819, e incipientemente se consagró en el artículo 125 de la Constitución Política de 1821, al prever entre las funciones del Presidente de la República, la de «suspender de sus destinos a los empleados ineptos o que delincan en razón de su oficio», avisando al tribunal que corresponda para que se siguiera el juicio con arreglo a las leyes.

El Ministerio Público se gestó en la Carta Política de 1830, en cabeza de un Procurador General de la Nación, a quien se le confió la misión primordial de «defender ante Tribunales y Juzgados la observancia de las leyes y promover ante cualesquiera autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, los intereses nacionales y cuanto concierna al orden público».

Ya en la Constitución de 1863 se otorgó al Ministerio Público¹² la atribución de «cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Unión desempeñen cumplidamente sus deberes», en lo que puede considerarse como el origen de la radicación en cabeza de este organismo de la función disciplinaria estatal como control externo, facultad que se reafirmó en la Carta de 1886, al consagrarse que corresponde a los funcionarios del Ministerio Público, entre otras funciones, «supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos». En particular, se previó que es atribución especial del Procurador General de la Nación «cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes». Tal potestad, según sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de junio de 1975¹³, en la que cita otra del 22 de julio de 1970, comportaba la facultad de imponer sanciones.

En esa misma dirección, en el artículo 216 de la Ley 4ª de 1913, sobre el régimen político y municipal, como parte del objeto primordial del Ministerio Público, se estableció la vigilancia constante en la conducta de los empleados públicos.

Otro hito normativo importante se encuentra en la Ley 13 de 1984, que reguló la administración del personal civil y demás servidores de la Rama Ejecutiva y se ocupó de algunas disposiciones sobre el régimen de carrera administrativa, puesto que allí se instituyó el poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, así como la suspensión provisional. Tiene la particularidad esta ley, además, que dispuso que la interpretación de sus normas se haría con referencia al derecho administrativo con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico, regla con sustento en la cual, en su Decreto

12 En el texto constitucional se previó que el Ministerio Público se ejercía por la Cámara de Representantes, a través del Procurador General de la Nación y demás funcionarios que determinara la ley.

13 Citada en concepto rendido por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales ante la Corte Constitucional, en el expediente D-14503, acción pública de inconstitucionalidad promovida en contra del artículo 1º de la Ley 2094 de 2021.

Reglamentario 482 de 1985, se consagró que el régimen disciplinario allí contenido era de naturaleza administrativa.

Empero, con la Constitución Política de 1991 y el rediseño del Estado en ella consagrado, se fortaleció aun más el régimen disciplinario de los servidores públicos, que se fundamentó en por lo menos tres ejes definitorios de la arquitectura constitucional: el primero, la adopción de la cláusula prevista en el artículo 1º, según la cual «Colombia es un Estado social de derecho», lo que supone la sujeción de toda la actividad gubernamental, así como la actuación de los particulares, a la legalidad en sentido material; esto es, la conducta del servidor público debe apuntalarse en el cumplimiento de la misionalidad estatal y acompasarse con la moralidad pública. En esta estructura se afinca también el sometimiento a los controles consagrados en la Carta Magna y en la ley, en particular el control disciplinario.

En segundo término, se estableció como eje transversal a la acción estatal el principio de responsabilidad (artículos 6º, 92, 122 y 123 de la Constitución Política) que, por supuesto, rige la acción o la omisión de sus agentes. La Corte Constitucional, en la sentencia C-233 de 2002, señaló que «la afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, como el entendimiento del papel de los agentes estatales y del cumplimiento de las funciones públicas». Sobre este principio constitucional descansan los regímenes de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, como la propia Corte Constitucional lo tiene dicho, por ejemplo, en la sentencia C-721 de 2015.

Y, en tercer lugar, se destaca la división funcional y orgánica dispuesta por el constituyente en el artículo 113, como elemento determinante del sistema de control de pesos y contrapesos. El mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia C-140 de 2020, reconoció que «el sistema estructural del Estado colombiano, diseñado en la Carta

Política de 1991, se concibió bajo el modelo flexible e integrador de separación de poderes», destacando que «se trata de un verdadero eje definitorio de la Carta».

De manera que, bajo ese entendido, la Procuraduría General de la Nación, órgano de control y representante del Ministerio Público (arts. 117 y 118 de la C. Pol.), se integra al sistema de controles por pesos y contrapesos, como también se mencionó en la sentencia C-371 de 2019, en la que se concluyó que «las competencias de la Procuraduría General de la Nación constituyen un elemento esencial del sistema de frenos y contrapesos como componente central del equilibrio de poderes».

Ahora bien, en el mismo ámbito constitucional (art. 277.6 de la C. Pol.), se previó el régimen de competencias disciplinarias de ese organismo de control, en particular la vigilancia superior de la conducta oficial de los servidores públicos, incluso los de elección popular, así como el ejercicio del poder disciplinario preferente y la atribución para adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Es importante registrar como antecedente histórico que, si bien dentro de los debates iniciales de la Asamblea Constituyente de 1991 la facultad para resolver sobre la *desvinculación del cargo* se restringió respecto de los servidores públicos de *elección popular* por considerar que podría *convertirse en un instrumento de persecución política*¹⁴, dicha limitación se suprimió al establecerse el texto final de la Constitución Política vigente.

En suma, desde antaño el régimen disciplinario de los servidores públicos se ha venido fortaleciendo en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, con una evolución constitucional propia y reconocida por las Altas Cortes de justicia, hasta la Carta Fundamental de 1991, en la que, acorde con el modelo de Estado

14 Gaceta Constitucional 66 de 1991

social de derecho acogido, se consideró a este órgano de control como parte del sistema de pesos y contrapesos, uno de los ejes definitorios de la estructura constitucional. Asimismo, se reconocieron con raigambre constitucional las competencias disciplinarias del Ministerio Público, incluso frente a los funcionarios elegidos por voto popular, lo que resulta fundamental para el cumplimiento de la misionalidad estatal, en especial cuando se trata de conductas que comportan actos de corrupción.

2. ANÁLISIS CONVENCIONAL DE LA POSTESTAD DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. EL CASO ESPECIAL DE LAS FALTAS CONSTITUTIVAS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

La Convención Americana de Derechos Humanos —CADH— del 22 de noviembre de 1969, en el artículo 23.2, refiere que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, entre los que se encuentran ser elegidos y tener acceso en igualdad a las funciones públicas, «exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

Dentro de la estructura constitucional del Estado colombiano, la Procuraduría General de la Nación es un organismo de control, independiente y autónomo, que tiene dentro de sus funciones misionales realizar vigilancia superior frente a la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los funcionarios de elección popular, lo que se materializa en el ejercicio del poder disciplinario a través de las investigaciones y juicios correspondientes, así como la imposición de sanciones legalmente establecidas, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política, artículo 277, numeral 6.

En cumplimiento de la función de vigilancia superior, dicho organismo ha venido ejerciendo materialmente funciones disciplinarias, que bien pueden catalogarse como de carácter jurisdiccional, así lo señaló la Corte Constitucional en sentencia T-350 de 2011.

Este control disciplinario, si bien nació con antelación a la Constitución Política de 1991, fue concebido por el constituyente¹⁵ como un elemento esencial del modelo de responsabilidad de los servidores públicos, incluidos los de elección popular, en virtud del principio que rige para todos, en los términos del artículo 6° superior¹⁶. Igualmente, el artículo 92 *ibidem*, reconoció la responsabilidad disciplinaria de manera autónoma al indicar que «cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas».

La Carta Política de 1991 previó un sistema de controles jurídicos para los servidores públicos dentro de los que se encuentran el penal, fiscal, disciplinario y patrimonial, cada uno con una finalidad y ámbito de acción distintos; la titularidad para su ejercicio quedó repartida entre la Rama Judicial y los Órganos de Control.

Tales instrumentos cobran especial relevancia en materia de lucha contra la corrupción, especialmente por cuanto los Estados, entre ellos Colombia, se han comprometido a instituir códigos de conducta para los funcionarios públicos para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas, lo que incluye la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias o de otra índole frente a su trans-

15 La Convención Americana de Derechos Humanos —CADH— del 22 de noviembre de 1969, en el artículo 23.2, refiere que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, entre los que se encuentran ser elegidos y tener acceso en igualdad a las funciones públicas, «exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.»

16 Constitución Política. Artículo 6°. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

gresión. Así lo prevé el artículo 8° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003.

La CortelDH, en la sentencia del 8 de julio de 2020, del caso Petro Urrego contra Colombia, señaló la necesidad de dar cumplimiento al artículo 23 de la CADH para garantizar que la restricción al derecho político a ocupar cargos públicos, entre ellos, los de elección popular, provenga de condenas proferidas «por juez competente, en proceso penal»; y, generar mayores garantías para los destinatarios de la ley disciplinaria, en aplicación del artículo 8° del mismo tratado.

En efecto, se declaró al Estado responsable «por la violación al artículo 23 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, y por la violación a los artículos 8.1 y 8.2.d) de la Convención Americana; igualmente, se dispuso que «el Estado deberá, en un plazo razonable, adecuar su ordenamiento interno de acuerdo con lo señalado en los párrafos 111 a 116 de la presente Sentencia (154)».

En cuanto a los efectos de la decisión convencional se destacan, además, los siguientes aspectos que permiten tener un panorama completo de la sentencia:

- El numeral 112¹⁷ indica que «el inciso 6° del artículo 277, y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución Política de Colombia, no son incompatibles con el artículo 23 de la Con-

17 112. En el presente caso, el Tribunal constata que el artículo 277.6 de la Constitución Política de Colombia faculta al Procurador para “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”. Por su parte, el artículo 278 del texto constitucional, establece que el Procurador ejercerá directamente la función de “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas [...]”. La Corte observa que el primer período del inciso 6° del artículo 277 y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución de Colombia admiten la posibilidad de ser interpretados de modo compatible con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1° de la propia Constitución [...]

vención Americana», es decir, no se cuestionan las facultades de la Procuraduría para ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los servidores de elección popular.

- El numeral 108 considera el control judicial del Consejo de Estado como «un adecuado y oportuno control de convencionalidad»¹⁸.

- El numeral 117 refiere que las interpretaciones de las facultades disciplinarias por parte de la Corte Constitucional de Colombia «no constituyen un riesgo en sí mismo para el ejercicio de los derechos políticos del señor Petro y, por lo tanto, no constituyen una violación al artículo 23 de la Convención, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento»¹⁹.

18 En ese sentido, la Corte considera que la decisión del Consejo de Estado constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro por parte de la Procuraduría, en tanto cesó y reparó las violaciones a los derechos políticos que ocurrieron en perjuicio del señor Petro como resultado de dichas sanciones. El Consejo de Estado tomó debida consideración de los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 23.2 de la Convención, para así garantizar adecuadamente los derechos políticos del señor Petro al: a) declarar la nulidad de dicha sanción; b) ordenar el pago de los salarios dejados de percibir por el tiempo separado de su cargo; c) ordenar la desanotación de las sanciones impuestas; y d) exhortar al gobierno a realizar las reformas dirigidas a lograr la compatibilidad de las facultades del Procurador con el artículo 23 de la Convención Americana. Asimismo, la sentencia del Consejo de Estado reconoció que en el caso concreto no solo fueron afectados los derechos políticos del señor Petro, sino que la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la Procuraduría vulneraba el principio democrático y los derechos políticos de sus electores, lo cual resultaba contrario al artículo 23.2 convencional. Pese a ello, en coincidencia con lo manifestado en el párrafo 100 (supra párr. 100), si bien es encomiable la decisión del Consejo de Estado, la Corte advierte que, por la naturaleza del derecho afectado, no fue subsanada totalmente la violación, pues el derecho al ejercicio de un cargo de elección popular fue interrumpido durante más de un mes por la sanción impuesta por la Procuraduría.

19 Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Público de Elección Popular. Fallo de segunda instancia. Radicado IUS E-2017-939035 IUC D-2018-1065795. Aprobado en Acta de Sala N.º 026. 6 de octubre de 2022.

En este sentido, para el Estado colombiano y, en particular, para el legislador, la expresión «condena, por juez competente, en proceso penal» a la que se refiere la CADH no debe interpretarse de manera literal y concluir sin más que la restricción de derechos políticos solo puede tener origen en la decisión de un juez penal²⁰; por el contrario, se trata de una norma que corresponde interpretar teleológicamente, sin perder de vista su evolución, en tanto está escrita en clave del cumplimiento de las garantías judiciales propias del debido proceso, que resultan infranqueables para la restricción de los derechos políticos en cuestión²¹.

Nótese que, sobre dicho aspecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-146 de 2021, con relación a la interpretación del artículo 23 de la CADH, precisó que este precepto no debe inter-

20 Así se indicó en la exposición de motivos de la Ley 2094 de 2021: “Estas conclusiones, sin ningún matiz, minan la institucionalidad del Estado Colombiano que, y, especialmente a partir de la Constitución de 1991, buscó no solo generar mayores garantías para los ciudadanos, sino imponer un haz de responsabilidades para quienes en nombre el Estado detentan el poder y, por tanto, a quienes se les debe exigir con mayor rigor el cumplimiento de sus funciones. Responsabilidades que, en el caso de los servidores públicos, pero especialmente aquellos de elección popular, no puede circunscribirse al desconocimiento de las normas de lo que se ha denominado la última ratio en el campo del ius puniendi: el derecho penal, dejando de lado otras regulaciones que tienen como finalidad que el ejercicio de la función pública y el comportamiento del servidor se ajuste a los parámetros éticos y a los principios que permitan al Estado cumplir los fines para los cuales fue instituido. En ese sentido, sin desconocer el respeto que el Estado colombiano le debe a las decisiones de los tribunales internacionales, el proyecto de la referencia busca proteger y mantener el diseño institucional que ideó el Constituyente de 1991, en el marco de la autonomía e independencia de órganos como la Procuraduría General de la Nación, a la que se le atribuyó la competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra los funcionarios públicos, incluidos los de elección popular, de quienes, precisamente por su origen democrático, se espera un mayor compromiso con su función y, llamados, entonces, a responder de una forma más estricta por las acciones, omisiones o extralimitaciones en el ejercicio del mandato que se otorga mediante el voto popular, competencia que, como lo señala propia Constitución, debe ser ejercida con todas las garantías propias del debido proceso, en donde la responsabilidad penal solo es una de esas manifestaciones de control del ejercicio de la función pública”.

21 Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Público de Elección Popular. Fallo de primera instancia. Radicado IUS E-2017-865201 IUC D-2017-1037676. Aprobado en Acta de Sala N.º 028. 27 de octubre de 2022.

pretarse de forma literal, sino de forma sistemática y armónica, así como en atención al margen de apreciación estatal. Esto, por cuanto de la inclusión de la CADH en el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* no «se sigue que ella prevalezca sobre la Constitución, como si fuese una norma supraconstitucional»²². En efecto, la Corte ha reiterado que «para interpretar el artículo 23 de la CADH no es suficiente limitarse a su texto»²³. En su lugar, de forma reiterada y consistente, ha interpretado el contenido y alcance del artículo 23 de la CADH, «como corresponde a partir del bloque de constitucionalidad»²⁴, es decir, de manera armónica con la Constitución y sistemática; así como en atención «al margen de apreciación de los Estados Parte»²⁵.

Del mismo modo, recordó que la CortelDH ha sostenido que el artículo 23 de la CADH debe interpretarse de forma sistemática con toda la convención y con otros tratados internacionales. En la referida sentencia, C-146 de 2021, anotó que «en particular, la Corte concluyó que los artículos 8 y 25 de la CADH “son relevantes para entender el marco normativo que se debe seguir en la limitación de derechos políticos”. De tal suerte que la “condena, por juez competente, en proceso penal” no es “la única posibilidad admisible de restricción a los derechos políticos”, por el contrario, lo relevante es que “las restricciones a los derechos políticos deben observar el debido proceso y asegurar que se pueda acudir a un recurso efectivo ante el juez competente”.

La CADH, así como la decisión convencional allí enmarcada, debe consultar en su interpretación y aplicación lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que estableció, como «regla general de interpretación», que «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que

22 Sentencias C-111 de 2019 y C-086 de 2019.

23 Sentencia C-028 de 2006.

24 Sentencia C-086 de 2019.

25 Sentencia C-101 de 2018.

haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin».

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en providencia del 9 de diciembre de 2020, radicado 11001-03-06-0000-2020-00235-00, al resolver sobre la competencia de la Procuraduría para investigar y sancionar a un Congresista, con sustento en la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, reconoció que este organismo tiene plena competencia disciplinaria, incluso frente a funcionarios de elección popular, misma que debe atemperarse a lo dispuesto en la CADH, lo señalado por la Corte IDH en la sentencia *Petro vs Colombia* y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Como se puede observar, la Procuraduría General de la Nación, a través de sus distintas dependencias que ejercen función disciplinaria, ha tenido y conserva la competencia para investigar, juzgar y, si resultare del caso, sancionar a funcionarios públicos, incluidos los de elección popular.

Mención especial amerita lo relacionado con las ***faltas constitutivas de actos de corrupción***. En efecto, en el marco del Estado social de derecho establecido con la Carta Política de 1991, uno de los fenómenos de especial atención sobre los cuales se formularon ejes de acción para la protección del régimen legal y constitucional fue la *corrupción*, entendida como el uso del poder para desviar la gestión de las instituciones del Estado en beneficio privado²⁶, en contravía de los fines esenciales de la administración pública. Este fenómeno se conceptúa como la *violación de un deber posicional*, que implica el desconocimiento de un sistema normativo de referencia, motivado por la *expectativa de obtener un beneficio extra posicional* para sí o para un tercero²⁷.

26 Malem Seña, Jorge. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Editorial Gedisa: Barcelona (2002), p. 35

27 Misas, Gabriel; Oviedo, Mónica; y Franco, Andrea. *Un marco analítico para entender la corrupción*. En: Revista Economía Colombiana: Contraloría General de la República 2005 (No. 307), p. 17.

Al respecto, la preocupación fue inicialmente planteada por la Asamblea Constituyente al establecer como principal objetivo del Estado colombiano erradicar la *corrupción administrativa*, evitando caer en la tendencia de equiparar *el desempeño de un cargo público a un derecho humano* y, así, evitar caer en reglas procesales absolutas según las cuales «*cualquier separación de un cargo debe estar precedida de un debido proceso de carácter penal* puesto que, consideró, se volverían “inamovibles a los funcionarios corruptos”»²⁸.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada e incorporada por Colombia a través de la Ley 412 de 1997, y declarada su constitucionalidad con la sentencia C-397 de 1998, es un instrumento internacional por el que el Estado colombiano se comprometió, entre otras acciones, a adoptar medidas idóneas para sancionar la corrupción en que incurran los funcionarios públicos. La Corte Constitucional, al revisar la conformidad de la mencionada convención con la Constitución, en la sentencia C-397 de 1998, puso de presente que la comisión de prácticas corruptas como las allí descritas «obligan a los órganos de control del Estado, específicamente al Procurador General de la Nación, a sancionar con la separación del servicio público a aquellos servidores públicos que incurran en su comisión, según lo ordena expresamente el numeral 1 del artículo 278 superior».

Adicionalmente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, a la que adhirió Colombia, aprobada con la Ley 970 de 2005, en su artículo 8°, pide a los Estados parte considerar «la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo». Adicionalmente, el artículo 30 de la Convención, si bien se refiere en el numeral 1° a la penalización de los delitos de corrupción y la proporcionalidad de la pena con su gravedad, a la vez indica en el numeral 8: «El párrafo 1 del presente

28 Gaceta Constitucional 75 de 1991

artículo no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos».

Así las cosas, en virtud de dichos instrumentos internacionales, la potestad disciplinaria del Estado cobra especial relevancia frente a actos de corrupción, al punto que la Corte Constitucional, en la sentencia C-111-de 2019, reconoció que de ellas «{...} se desprende el derecho de los Estados de establecer decisiones disciplinarias que puedan incidir en el ejercicio de los derechos políticos de los servidores de elección popular».

Es así como, dentro de la lucha contra la corrupción, el ejercicio del poder disciplinario de cara a estas prácticas enquistadas y tristemente normalizadas en nuestra sociedad es un compromiso internacional del Estado que le compete cumplir por mandato constitucional y legal a la Procuraduría General de la Nación, frente a todos los servidores públicos, incluidos los elegidos popularmente. Estos, además, tienen un deber de sujeción especial que se funda en los principios democráticos del Estado social de derecho, por lo tanto, no pueden quedar desprovistos de este tipo de control.

Dentro del marco descrito correspondió al Estado colombiano entrar a revisar la forma en que tradicionalmente la Procuraduría General de la Nación ha cumplido la función disciplinaria. En este sentido, en ejercicio de la libertad de configuración interna o margen de apreciación estatal, se dio a la tarea de armonizar la forma en que dicho ente de control ejerce el poder disciplinario con la referida decisión de la Corte IDH y la interpretación evolutiva que del artículo 23 de la CADH ha hecho tanto la Corte Constitucional²⁹ como la Corte IDH³⁰.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 2021. El valor hermenéutico de las sentencias proferidas por la Corte IDH depende de que la jurisprudencia interamericana sea uniforme, reiterada y compatible con el ordenamiento constitucional porque, de lo contrario, "no tendría la capacidad de alterar el parámetro de constitucionalidad".

30 CIDH, Caso Wong Ho Wing Vs. Perú (Sentencia del 30 de junio de 2015). "La función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, sin perjuicio de que otros órganos o autoridades públicas puedan ejercer funciones jurisdiccionales en determinadas situaciones específicas".

Lo anterior se concretó en la modificación del Código General Disciplinario para: (i) reconocer las funciones jurisdiccionales disciplinarias para investigar y juzgar a todos los servidores públicos, incluidos los de elección popular, en cumplimiento del principio de jurisdiccionalidad; (ii) incorporar la separación de las funciones de investigación y juzgamiento; (iii) contemplar la garantía de doble instancia y conformidad; todo ello con la finalidad de reforzar las garantías judiciales en el proceso disciplinario, en los términos del 8° de la CADH; y (iv) adicionalmente, para ahondar en la protección del principio democrático y derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, el legislador optó porque en su caso la ejecución de la sanción se supedita a lo que decida la autoridad judicial; en consecuencia, se estableció un procedimiento jurisdiccional disciplinario, con garantías judiciales, incluida la posibilidad de interponer recurso de revisión ante un órgano permanente de la Rama Judicial para que, si así se quiere, realice un análisis de jurisdiccionalidad plena³¹.

3. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

Con los fundamentos referidos, el Código General Disciplinario establece, en el artículo 2°, que el Estado es el titular de la acción disciplinaria y atribuyó a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales para el ejercicio de la respectiva potestad, esto es, para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los funcionarios de elección popular, lo que conlleva adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley. Dichas funciones jurisdiccionales empezaron a regir el día siguiente al de la promul-

31 TEDH, caso Schmutz C. Austria.

gación de la Ley 2094 de 2021³², por la que se reformó el Código General Disciplinario expedido por la Ley 1952 de 2019, esto es, el 30 de junio del mismo año 2021.

Una de las garantías del debido proceso introducidas por las mencionadas modificaciones legislativas fue la de independencia, que se materializa en la separación de las funciones de investigación y juzgamiento. Así, será una la dependencia que conozca de la investigación hasta la notificación del pliego de cargos o el auto de citación a audiencia verbal o la decisión de archivo, si así se califica la investigación; y otra, la que adelante la etapa de juzgamiento que finaliza con el fallo de primera instancia.

Para el caso del juzgamiento de los servidores públicos de elección popular, el legislador creó la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular. Es la calidad del sujeto disciplinable, como servidor público de elección popular, la que asigna la competencia a dicha Sala. Los integrantes de esa Sala deben cumplir los requisitos exigidos por el artículo 232 de la Constitución Política para magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado y, a fin de garantizar su plena independencia, serán elegidos, por orden, de la lista que conforme la Comisión Nacional del Servicio Civil, en virtud del concurso público de méritos que adelante, y tendrán un periodo fijo de cuatro años³³. Nótese cómo solo los servidores públicos de elección popular tienen la garantía de ser juzgados disciplinariamente por los únicos funcionarios públicos nombrados por concurso público, en ese nivel jerárquico.

Es importante advertir que se entiende por servidores públicos de elección popular aquellos elegidos para el cargo democráticamente por los ciudadanos en un proceso electoral, a través del ejercicio del voto, para un periodo fijo determinado por la ley. Por ello, la Sala no

32 Así lo estableció el artículo 74 de la Ley 2094 de 2021.

33 En este sentido lo define el artículo 17 de la Ley 2094 de 2021.

es competente para conocer de procesos que se adelanten en contra de servidores públicos que ejercen un cargo de elección popular, pero no han sido elegidos por voto del pueblo, como ocurre cuando debe designarse un funcionario encargado por la ausencia temporal o permanente del funcionario electo democráticamente.

En cuanto a la división de las funciones de investigación y juzgamiento, el Código General Disciplinario, en el artículo 101, determinó que las Salas Disciplinarias serán las encargadas de conocer, según sus competencias, de la etapa de instrucción y juzgamiento de los procesos disciplinarios que se sigan, entre otros servidores públicos, frente a los de elección popular allí enlistados. Así, de acuerdo con la norma, respecto de los servidores públicos de elección popular, le corresponde a la Sala de Instrucción investigar y calificar la investigación, y a la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular, juzgar en primera instancia, al Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, Congresistas (Senadores, Senadoras y Representantes a la Cámara) y Alcalde o Alcaldesa Mayor de Bogotá, D. C. La competencia de las Salas Disciplinarias se ejercerá respecto de las faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de la calidad de los servidores enunciados o durante su ejercicio, aunque hayan hecho dejación del cargo³⁴.

La competencia para conocer de los procesos contra los servidores públicos de elección popular establecida en la ley no puede desplazarse por el Procurador o Procuradora General de la Nación, como sí procede con relación a los demás, lo que denota un tratamiento especial con respecto a aquellos. En estos términos lo establece el Código General Disciplinario, artículo 102, inciso 4°.

Ahora bien, de acuerdo con el parágrafo 3° del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1851 de 2021, la Viceprocuraduría tiene competencia preferente para asumir el cono-

34 En este sentido lo expone el parágrafo 1° del artículo 22 del Decreto 262 de 2022, modificado por el artículo 11 del Decreto 1851 de 2021.

cimiento de cualquier proceso disciplinario, del que en principio debería conocer cualquier otra dependencia de la entidad (Sala Disciplinaria de Instrucción, Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento o procuradurías delegadas, regionales, distritales y provinciales, de suerte que, cuando asuma el conocimiento en etapa de instrucción de un servidor público de elección popular, el juzgamiento corresponderá a la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular).

En tanto los procesos en que esta Sala profiere el fallo de primera instancia, el Despacho de la Procuradora o Procurador General de la Nación conocerá de su apelación en segunda instancia, del mismo modo que la doble conformidad de las decisiones sancionatorias de la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular. A su turno, la doble conformidad de las decisiones sancionatorias, proferidas por el Despacho de la Procuradora o Procurador General de la Nación, serán resueltas por una sala compuesta por tres personas sorteadas de la lista de doce nombres que elaborará la Comisión Nacional del Servicio Civil, en estricto orden descendente, de quienes se presentaron al concurso de méritos para la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular; en estos términos lo refiere el artículo 102 del CGD.

Respecto de los demás servidores públicos de elección popular, esto es, alcaldes distintos a la ciudad de Bogotá, D.C., gobernadores, concejales, diputados y ediles de juntas administradores locales, la competencia para conocer la instrucción y el juzgamiento se encuentra distribuida, a nivel nacional, entre las procuradurías delegadas disciplinarias de instrucción y de juzgamiento, y territorialmente entre las procuradurías distritales, provinciales, regionales, de instrucción o de juzgamiento, según la etapa procesal que corresponda.

En este sentido, las procuradurías delegadas de instrucción³⁵ y juzgamiento³⁶ tienen competencia para conocer de los procesos disciplina-

35 Decreto 262 de 2002. Artículo 25, literal c.

36 Decreto 262 de 2000. Artículo 25A.

rios que se adelanten en contra de los gobernadores, alcaldes de capitales de departamento y los de distrito³⁷, salvo el de Bogotá, D. C.

En lo que se refiere a las competencias territoriales, el artículo 75, literal c, del Decreto 262 de 2002, refiere que las procuradurías regionales de instrucción conocen de la investigación en contra de los diputados y concejales de las capitales de departamento; al paso que las de juzgamiento conocen del juicio³⁸.

Finalmente, las procuradurías provinciales y distritales, de instrucción³⁹ y juzgamiento⁴⁰, conocen, según la etapa de la actuación del proceso disciplinario que se adelante en contra de los alcaldes de municipios que no sean capital de departamento, los concejales de estos, y los ediles de juntas administradoras locales.

El artículo 22 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el artículo 11 del Decreto Ley 1851 de 2021, en el numeral 3°, concreta las competencias de la Sala Disciplinaria de Servidores Públicos de Elección Popular, así:



3. Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular. La Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular tiene las siguientes competencias:

a) Conocer del juzgamiento de los servidores públicos de elección popular, cuya instrucción esté a cargo de la Sala Disciplinaria de Instrucción o del Viceprocurador.

37 En este evento el reparto entre las Procuradurías Delegadas Disciplinaria de instrucción atenderá a la naturaleza del asunto según verse sobre vigilancia administrativa, economía y hacienda pública o contratación estatal. Al respecto ver la Resolución No 377 del 9 de noviembre de 2022 de la Procuraduría General de la Nación.

38 Decreto 262 de 2000, artículo 75A, numeral 1°.

39 Decreto 262 de 2000. Artículo 76, literal a.

40 Decreto 262 de 2000. Artículo 76A, literal a.

b) Conocer de los recursos de apelación y de queja, al igual que de los impedimentos, recusaciones y conflictos de competencia que se presenten, en etapa de juzgamiento, en los procesos de conocimiento de los procuradores delegados, regionales, distritales y provinciales, en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

c) Conocer del grado de consulta del auto de suspensión provisional, así como de sus prórrogas, proferidos, en cualquier etapa, por las procuradurías delegadas, regionales, distritales y provinciales en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

d) Conocer y resolver los impedimentos de los funcionarios adscritos a su Despacho, así como las recusaciones que contra ellos se formulen.

e) Las demás que le sean asignadas por el Procurador General.

PARÁGRAFO 1º. La competencia de las Salas Disciplinarias se ejercerá respecto de las faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de la calidad de los servidores enunciados en el artículo 101 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 16 de la Ley 2094 de 2021, o durante su ejercicio. En este último caso, aunque hayan hecho dejación del cargo.

PARÁGRAFO 2º. Las Salas Disciplinarias de Instrucción y de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular conocerán de los procesos disciplinarios contra los Congresistas, siempre y cuando no corresponda a conductas en ejercicio de la función congresional de conformidad con la Constitución Política, el Reglamento del Congreso y las normas ético-disciplinarias incorporadas a este.



En una representación gráfica se tiene que la competencia para investigar y juzgar servidores públicos de elección popular en la Procuraduría General de la Nación se encuentra distribuida así:

Servidor público de elección popular	Competencia en investigación	Competencia en juzgamiento	Competencia en segunda instancia
-Vicepresidente/ta -Congresistas (senadores/as y representantes a la cámara) -Alcalde/sa Bogotá.	Sala Disciplinaria de Instrucción (CGD. Art. 101) Viceprocuraduría General de la Nación <i>competencia preferente</i> (D.262/00. Art. 17, par 3)	Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular	Despacho Procurador/a General de la Nación (Art. 22 D.262/00)
-Gobernadores -Alcaldes/sas de capital departamento y distrito, excepto Bogotá D.C.	Procuraduría Delegada de Instrucción (D.262/00. Art. 25 literal C) (Resolución 377/22. Naturaleza del asunto)	Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento (Art. 25A, D.262/00)	- Recursos de apelación y de queja -Impedimentos -Recusaciones -Conflictos de competencia en etapa de investigación
- Diputados/das -Concejales de capital de departamento	Procuraduría Regional de Instrucción (Art. 75 literal C, D.262/00)	Procuraduría Regional de Juzgamiento (Art. 75 literal A, D.262/00)	Sala de Instrucción en etapa de juzgamiento

-Alcalde/sa municipal (no capital departamento)	Procuraduría Provincial de Instrucción	Procurador Distrital y Provincial de Juzgamiento	<i>Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular*</i> <i>* También del grado de consulta del auto de suspensión provisional y sus prórrogas en cualquier etapa</i>
-Concejales	Procuraduría Distrital de Instrucción	Procuraduría Distrital de Juzgamiento	
-Ediles	(Art. 76 literal A, D.262/00)	(Art. 76A numeral 1, D.262/00)	

Como se muestra en el cuadro, en lo que se refiere a la competencia para conocer en segunda instancia de las decisiones que se adopten frente a los servidores públicos de elección popular, se tiene que, si estas corresponden a la fase de instrucción por las procuradurías delegadas o territoriales, el superior funcional es la Sala de Instrucción; si fueron proferidas en la etapa del juicio, conoce la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular. Cuando se trate de la consulta de la suspensión provisional o su prórroga, su conocimiento quedó asignado de manera exclusiva, cualquiera sea la etapa en que se profiera, a esta última Sala.

El Código General Disciplinario, en su artículo 263, estableció un régimen de transición normativa según el cual, a la entrada en vigencia de esa ley, los procesos en los cuales se hubiera surtido la notificación del pliego de cargos o instalado la audiencia del proceso verbal, continuarán su trámite hasta finalizar bajo el procedimiento del Código Único Disciplinario, esto es, la Ley 734 de 2002, lo que tiene aplicación sin perjuicio del principio de favorabilidad. En todo caso, bajo la aplicación de una u otra ley, la Sala Disciplinaria de Servidores Públicos de Elección Popular ejerce funciones jurisdiccionales.

De conformidad con lo dispuesto en el Código General Disciplinario, artículo 238D, inciso tercero, la ejecución de la sanción que se profiera en contra de los servidores públicos de elección popular quedará suspendida hasta que se venza el término de ley para la radicación y admisión del recurso extraordinario de revisión, esto es, treinta días después de la ejecutoria de la decisión, o hasta que lo resuelva el Consejo de Estado.

CONCLUSIONES

El debate suscitado sobre las facultades sancionatorias de la Procuraduría General de la Nación, respecto a la limitación de derechos políticos de los funcionarios públicos de elección popular, ha permitido lograr la consolidación de un régimen disciplinario propio, con particularidades que, si bien lo diferencian de los demás ordenamientos jurídicos, se encuentra enmarcado en el respeto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Es así como se ratifica la competencia de este organismo de control con facultades jurisdiccionales para realizar la investigación y el juzgamiento de los servidores públicos, especialmente, los de elección popular, dotando de todas las garantías procesales la determinación de la responsabilidad disciplinaria de estos funcionarios y, adicionalmente, permitiéndole restringir los derechos políticos de quienes incumplan sus deberes legales con la imposición de sanciones.

Lo anterior, al considerar que el control moral establecido a través del proceso disciplinario colombiano se instituye como pilar fundamental del Estado, con miras a desarrollar uno de los propósitos primarios del constituyente de 1991: la lucha contra la corrupción; lo cual justifica la existencia de un órgano autónomo que ejerza el *ius puniendi* sobre conductas que, si bien no se encuentran tipificadas como delitos, atentan contra los principios rectores de la función pública y, por ende, son merecedoras de la imposición de una sanción.

Es así como, lejos de optar por una interpretación literal del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que conllevara el desconocimiento del andamiaje constitucional esgrimido desde el Congreso de Angostura en 1819, el ordenamiento jurídico colombiano optó por realizar una suerte de control convencional que, por un lado, permite mantener los antecedentes legales y constitucionales que estructuran el régimen disciplinario y, por el otro, cumple con el principio de *pacta sunt servanda*, según el cual, los Estados deben hacer todo lo posible por cumplir con las obligaciones adquiridas en el marco de la comunidad internacional.

BIBLIOGRAFÍA

García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás - Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas: Madrid (1990), p. 472 y 473.

Malem Seña, Jorge. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Editorial Gedisa: Barcelona (2002), p. 35.

Misas, Gabriel; Oviedo, Mónica; y Franco, Andrea. *Un marco analítico para entender la corrupción*. En: Revista Economía Colombiana: Contraloría General de la República, 2005 (No. 307), p. 17.

Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, Concepto rendido ante la Corte Constitucional en el expediente D-14503, acción pública de inconstitucionalidad promovida en contra del artículo 1º de la Ley 2094 de 2021.

Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Público de Elección Popular. Fallo de segunda instancia. Radicado IUS E-2017-939035 IUC D-2018-1065795. Aprobado en Acta de Sala N.º 026. 6 de octubre de 2022.

Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Público de Elección Popular. Fallo de primera instancia. Radicado IUS E-2017-865201 IUC D-2017-1037676. Aprobado en Acta de Sala N.º 028. 27 de octubre de 2022.

Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-710 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia C-1061 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-196 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 2013.

Corte Constitucional. Sentencia C-721 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia C-397 de 1998.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 11001-03-06-0000-2020-00235-00.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 8 de julio de 2020, Caso Petro Urrego contra Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de junio de 2015. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú.

Constitución Política. Colombia (1991).

Convención Americana de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.

Gaceta Constitucional (1991). <http://babel.banrepcultural.org/cdm/landingpage/collection/p17054coll28>

Decreto Ley 262 de 2000, *por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento*. Colombia, 22 de febrero del 2000.

Decreto Ley 1851 de 2021, *por el cual se modifican los Decretos ley 262 y 265 de 2000*, Colombia, 24 de diciembre de 2021.
Ley 1952 de 2019.

Ley 2094 de 2021, *por medio de la cual se reforma la ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones*, Colombia, 29 de junio de 2021.

APLICACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO A LA FUERZA PÚBLICA

TATIANA MORENO SHETT
AURA BETULIA FAJARDO MORENO
MÓNICA INÉS DELGADO ORTIZ

RESUMEN:

El presente artículo tiene como objetivo comprender la importancia de la aplicación del Código General Disciplinario por parte de la Procuraduría General de la Nación a los miembros de la Fuerza Pública, partiendo del análisis normativo de la Ley 1862 de 2017, por medio de la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar, y la Ley 2196 de 2022, por medio de la cual se expide el estatuto disciplinario policial. Lo anterior, atendiendo a las necesidades particulares de indagación, investigación y evaluación del proceso, en los casos específicos de violaciones al derecho internacional humanitario, acoso laboral, y violencia sexual con ocasión del conflicto, que puedan presentarse cuando se trata de la indagación de conductas presuntamente disciplinables cometidas por miembros de la Fuerza Pública. El resultado de esta investigación evidencia la concreción de mayores garantías en la protección del debido proceso, el respeto al principio de imparcialidad, y una mayor objetividad en el desarrollo de un juicio.

PALABRAS CLAVE:

Código General Disciplinario, Fuerza Pública, Derechos Humanos.

ABSTRACT:

This article's main purpose is to understand and evaluate the importance that the General Disciplinary Code has to members of the public force, in the execution of the rule of law by the Inspector Attorney General. By analyzing the prerogatives of Law 1862 of 2017, and Law 2196 of 2022; norms that rule the conduct of Colombian military forces and establish the Policy Disciplinary Statute, the Inspector Attorney General is able to respond to cases dealing with international humanitarian law violations, workplace harassment, and sexual violence during a conflict, meeting the investigation and prosecution standards for this kind of procedures, when committed by members of the public force. This investigation is able to attend the foreseen expectations and guarantees that are established in due process, impartiality and objectivity during a trial.

KEYWORDS:

General Disciplinary Code, Public forces, Human Rights.

1. ANTECEDENTES: RÉGIMEN DE LAS FUERZAS MILITARES

El régimen especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública está consagrado en la Ley 1862 de 2017 que, en los casos específicamente señalados en las normas y para miembros activos que comentan faltas disciplinarias en razón de las funciones y del cargo desempeñado, contempla tanto el aspecto sustancial como el procedimental.

Para entender el alcance pretendido por la Ley 1862 de 2017 debemos recordar muy someramente los antecedentes de la Ley 836 de 2003, que fue la norma que finalmente modificó.

Para el año 2001, el Gobierno de la época presentó el proyecto de Ley 166/01 de Cámara y 161/02 Senado, “Por el cual se expide el reglamento de régimen disciplinario para las fuerzas militares”, luego de que la Corte Constitucional, en sentencia C-713 del 5 de junio de 2001, declarara la inconstitucionalidad parcial del Decreto Ley 1797 de 2000, esto es, el libro segundo correspondiente al procedimiento aplicable, pues la Ley 200 de 2000, en el artículo 175, había dispuesto que: *«En los procesos disciplinarios que se adelanten contra los miembros de la fuerza pública se aplicarán las normas sustantivas contenidas en sus respectivos estatutos disciplinarios especiales con observancia de los principios rectores y por el procedimiento señalado en este código, cualquiera sea la autoridad que adelante la investigación.»*, y, claramente, el Presidente de la República, aun en ejercicio de sus facultades extraordinarias, no podía modificar lo establecido por el legislador. Así, quedó vigente la parte sustantiva prevista en el Decreto Ley 1797 de 2000 y el procedimiento previsto en el Código Único Disciplinario —Ley 200 de 2000—.

Por su parte, la Ley 836 de 2003, no solo previó entonces la parte sustantiva sino procedimental para los miembros de las

Fuerzas Militares¹, por tratarse de un régimen especial para los miembros de las fuerzas.

Ahora bien, el actual Código de Disciplina Militar tuvo origen en la iniciativa gubernamental, y fue presentado por el entonces ministro de defensa Luis Carlos Villegas (proyecto 117 de 2015 Senado – Gaceta 914 de 2015).

Por obvias razones este proyecto de Ley tenía como propósito “Reformar el Régimen Disciplinario de las fuerzas militares vigente contenido en la Ley 836 de 2003”, pues en palabras del ponente Senador Jimmy Chamorro, el poco tiempo transcurrido entre la declaratoria de inconstitucionalidad del libro segundo del Decreto Ley 1797 de 2000, mediante la sentencia C-713 del 5 junio de 2001, y la presentación del proyecto de Ley 166 del 20 de noviembre de 2001 de Cámara, que culminó con la expedición de la Ley 836 de 2003, fue muy corto y temporalmente no fue posible diseñar un régimen disciplinario propio y adecuado como el que necesitaban las fuerzas militares, situación que, conforme a las explicaciones del Ministerio de Defensa, derivó en “debilidades procedimentales que impedían el ejercicio de un efectivo control disciplinario” que resultaron en vencimiento de términos, prescripciones y nulidades, que son de la esen-

1 En la sentencia C-713, del 5 de junio de 2001, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“{...} Régimen Disciplinario Especial de las Fuerzas Militares. Para la jurisprudencia constitucional, el significado de ese régimen especial de carácter disciplinario estriba en la existencia de un singular conjunto normativo aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares, en el que se establecen las faltas, las sanciones, los funcionarios competentes para imponerlas y el trámite que debe seguir el respectivo proceso, incluido el señalamiento de los términos, las actuaciones y los medios de impugnación, etc.

Régimen Disciplinario Especial de las Fuerzas Militares. Distinción del Estatuto disciplinario general.

Se ha dicho que la diferencia específica de este régimen especial con el estatuto disciplinario general para los servidores públicos consiste en la descripción de las conductas constitutivas de falta disciplinaria y en el catálogo de sanciones a imponer, dada la índole de las funciones que están llamados a desempeñar los miembros de las Fuerzas Militares, las cuales no se identifican con las de ningún otro organismo del Estado{...}”

cia de toda área del derecho, pero resultan desgastantes para las autoridades y los operadores jurídicos.

Bajo esa lógica el proyecto y la ley misma pretendían consolidar un marco legal amplio y suficiente que incorporara normas de conducta y actuación militar, fijando un marco ético con alcance a todos los roles para la persona que escoge por profesión servir a la patria, y establecer procedimientos ágiles, efectivos y eficaces para encausar la disciplina y restablecer la misma a través de sanciones adecuadas.

CONTENIDO DEL PROYECTO:

Consecuente con el propósito, la ley consta de dos libros: el primero contiene las “normas de conducta y actuación militar”, los medios para mantener y encausar la disciplina, y el libro segundo, el propio “Código Disciplinario Militar”.

El primer libro aborda aspectos como las normas de conducta militar, los deberes fundamentales del militar, el comportamiento militar, la disciplina militar, las normas de actuación militar, las funciones del militar, las normas de actuación frente a la disciplina del mando, las normas militares de conducta en relación con los subalternos, las normas de conducta en relación con el Derecho Internacional Humanitario, las normas de conducta en operaciones de paz, estabilización, seguridad y ayuda humanitaria; así como aspectos relacionados con el encauzamiento de la disciplina, los medios para mantener y encauzar la disciplina militar, los estímulos, entre otros.

Por su parte, el libro segundo, con una extensión mucho mayor, contiene el Código Disciplinario Militar. Este libro se compone de diez títulos destinados a regular una parte general; establece un marco de deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses; regla las sanciones, así como su aplicación, su graduación; establece causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, aspectos sobre la extinción de la acción y la sanción y un procedimiento disciplinario, entre otros aspectos.

Así las cosas, el reto principal del Código de Disciplina Militar, Ley 1862 de 2017, de establecer un marco legal de conducta y actuación ética e instaurar procedimientos ágiles, efectivos y eficaces para encausar la disciplina y/o restablecerla superando la lentitud en los procesos que caracterizaba la Ley 836 de 2003, a juicio de la Procuraduría General de la Nación, se ha cumplido cabal y satisfactoriamente.

De hecho, la dinámica procesal que se imprimió con la prevalencia de la oralidad ha demostrado que el sistema de audiencias realiza a plenitud como ningún otro los principios procesales, de economía, imparcialidad, dirección, publicidad, jerarquía, doble instancia, integración, investigación integral, previstos en el capítulo I del título X de la Ley 1862 de 2017.

Sobre este tema es importante resaltar que el Código de Disciplina Militar —Ley 1862 de 2017— se anticipó a la reorganización de los principios rectores que posteriormente se hizo en el Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, destacando, en primer lugar, como principio orientador de la actuación disciplinaria, la **“dignidad humana”** (resaltado de las autoras).

Consecuente con el catálogo de **normas de conducta militar, esto es, los deberes, el comportamiento, la disciplina, la condición, los valores, virtudes, y la probidad del militar, se definió la antijuricidad disciplinaria militar** como aquella que afecte, sin justificación alguna, los siguientes intereses: el servicio, la probidad, la disciplina, los fines o las funciones del Estado.

Aquí conviene destacar y precisar que el legislador consideró que en el ámbito castrense el desempeño de los servidores públicos era integral y no solamente por el deber funcional, el cual se considera parte del servicio y la disciplina (Gaceta 398 del 26 de mayo de 2017²).

2 “Se suprime sustancial porque la antijuricidad en el régimen disciplinario militar es preponderantemente formal. De igual forma, el deber funcional se suprime porque todo se integra al servicio como fundamento en las fuerzas militares, en el que la disciplina es la esencia.

Dentro del título sexto de la extinción de la acción y la sanción se incorporó el concepto de la caducidad³ y se mantuvo el término de prescripción previsto en la Ley 836 de 2003 de cinco años y de 12 para las faltas que afecten gravemente el Derecho Internacional Humanitario, los cuales se interrumpen con la notificación del fallo de primera instancia⁴.

Entre otros aspectos, es importante señalar que en el nuevo régimen se establece la definición de las sanciones de los términos de inhabilidad general y especial propios, a diferencia de la Ley 836, que remitía a las disposiciones previstas en la Ley 734 de 2002.

Igualmente, contrario a lo que sucedía en la Ley 836 de 2003, que en materia probatoria remitía a los códigos de Procedimiento Penal y Civil, la Ley 1862 dispuso su propio sistema probatorio, como también la incorporación de los principios que rigen la declaratoria de las nulidades y su convalidación (a los que había que remitirse en la Ley 600 de 2000).

El procedimiento de instrucción y juzgamiento, esto es, la indagación preliminar no superior a seis meses, que culminará con la decisión de archivo y/o de citación a audiencia que se desarrollará en una sola audiencia concentrada que se puede llevar a cabo en varios actos.

3 Artículo 87. *Caducidad*. La acción disciplinaria caduca en cinco años contados a partir de la ocurrencia del hecho o del último suceso si es continuado por parte de la autoridad disciplinaria competente.

4 Artículo 88. *Prescripción*. La acción disciplinaria prescribirá en cinco años, contados a partir del auto de apertura del proceso.

Para las faltas que afecten gravemente el Derecho Internacional Humanitario, la prescripción será de doce años. La prescripción de la acción empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de la consumación; en las conductas de carácter permanente o continuado, desde la realización del último acto. La ejecución de la sanción disciplinaria prescribe en el término de cinco años, contados a partir de la ejecutoria del fallo.

Parágrafo. Con la notificación del fallo de primera instancia se interrumpe la prescripción de la acción disciplinaria, siendo la segunda instancia agotamiento de vía gubernativa.

Al revisar el catálogo normativo que conforma el Régimen Especial para los Militares, se pueden encontrar varias similitudes con el nuevo Código General Disciplinario, siendo indispensable mencionar la utilización de los medios técnicos en el desarrollo de las etapas y la posibilidad del nombramiento de defensores de oficio de la Defensoría del Pueblo, en los casos previstos en la ley.

Entonces, es este el régimen que aplica la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Instrucción Para la Fuerza Pública cuando se trata de la indagación de conductas presuntamente disciplinables cometidas por miembros de las Fuerzas Militares; no obstante, y en atención al principio de integración, consignado en los artículos 64 y 134 de la Ley 1862 de 2017, se aplican normas del Código General Disciplinario en el trámite de los procesos, como cuando se trata de la tipificación de faltas gravísimas que no se encuentran contempladas en la normatividad especial. Por ejemplo, cuando en ejercicio de sus funciones, incurren en conductas tipificadas como hechos delictivos dolosos. En estos casos se utilizan las normas de la Ley 1952 de 2019.

Encontramos un primer aspecto que devela la utilización del CGD en el procedimiento especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

Ahora bien, los miembros de la Fuerza Pública pueden incurrir en comportamientos que sobrepasan el límite funcional o que, por expresa disposición normativa, deben investigarse con el Código General Disciplinario o que, constituyan violaciones a los derechos humanos; en estos eventos no se da aplicación a la Ley 1862 sino a la Ley 1952, para el desarrollo de la indagación, investigación y evaluación del proceso.

Estos casos son los siguientes:

1. VIOLACIONES AL DIH:

Si bien por disposición constitucional los miembros de la fuerza pública son destinatarios de un régimen especial de carácter prestacional, penal y disciplinario, de acuerdo con las precisio-

nes que hizo la Corte Constitucional en torno al régimen disciplinario, entre otras, en las sentencias C-620 de 1998, C-1076 de 2002 , C-431 de 2004, cuando los miembros de la Fuerza Pública rompen el **límite funcional** de los deberes asignados a ella, bien por la Constitución o la ley, sus actos pasan de ser legales a ilegales y se pueden configurar como conductas que por su naturaleza pueden llegar a tener la connotación de **graves** o **gravísimas** violaciones a los Derechos Humanos, en razón a que ellas resultan lesivas de los valores superiores en que se sustenta la propia Constitución y que a la Fuerza Pública le corresponde proteger, tales como la vida, la libertad e integridad personal, entre otros, y que, además, degradan el concepto de dignidad humana, fundamento del Estado Social que nos rige.

En consecuencia, al trascender la función propiamente militar o policiva, cuyo fundamento está en los artículos 217 y 218 de la Carta, y ante la ausencia de relación con esta, dichos comportamientos no pueden ser investigados ni juzgados con las regulaciones sustantivas de los regímenes especiales, sino bajo la normatividad ordinaria, penal o disciplinaria, que para el caso de la referencia no es otra que la Ley 1952 de 2019 o la vigente para la época de los hechos.

2. ACOSO LABORAL:

Por disposición expresa de la Ley 1010 de 2006, los procesos disciplinarios originados por conductas constitutivas de acoso laboral son de competencia del Ministerio Público y se aplicará el procedimiento previsto en el Código Disciplinario Único, hoy Código General Disciplinario. Veamos:



“Artículo 12. Competencia. Corresponde a los jueces de trabajo con jurisdicción en el lugar de los hechos adoptar las medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la presente Ley, cuando las

víctimas del acoso sean trabajadores o empleados particulares.

Cuando la víctima del acoso laboral sea un servidor público, la competencia para conocer de la falta disciplinaria corresponde al Ministerio Público o a las Salas Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conforme a las competencias que señala la ley.

Artículo 13. Procedimiento sancionatorio. Para la imposición de las sanciones que trata la presente Ley, se seguirá el siguiente procedimiento:

Cuando la competencia para la sanción correspondiere al Ministerio Público, se aplicará el procedimiento previsto en el Código Disciplinario único {...}”



Así las cosas, las quejas relacionadas con presuntos hechos de acoso laboral se tramitan bajo la ritualidad del Código General Disciplinario, por disposición legal expresa, a pesar de que el servidor público investigado esté cobijado por sus funciones de un régimen especial, como en el caso de los integrantes de la fuerza pública.

3. VIOLENCIA SEXUAL CON OCASIÓN DEL CONFLICTO:

Cuando no exista relación alguna entre la conducta por la cual se investigan los miembros de las fuerzas militares y las acciones inherentes a la función pública que por mandato constitucional y legal deben cumplir, sino que la conducta se cometió con un propósito criminal, no se le puede aplicar el régimen especial disciplinario previsto en la Ley 1862 de 2017.

Lo anterior tiene como sustento legal y jurisprudencial el parágrafo 1 del artículo 13 de la Ley 1719 de 2014, entre otras sentencias,

en la C-620 de 4 de noviembre de 1998⁵ y en la C-053 de 30 de mayo de 2018⁶, cuando se reúnen los requisitos que determinan que

5 “{...} Régimen Disciplinario Especial de Miembros de la Fuerza Pública. Solo pueden comprender regulaciones íntimamente vinculadas con objeto específico. Los criterios jurisprudenciales citados son predicables de los apartes acusados de los artículos 5° y 177 del C.D.U., por cuanto estos preceptos, al hacer referencia directa al alcance y vigencia de los regímenes especiales disciplinarios de la fuerza pública, están en íntima conexión con el contenido del artículo 175 (Ibidem) que limita la aplicación de los estatutos propios de los militares y policías al aspecto sustancial, remitiendo, para efectos del trámite procesal, a los principios rectores y al procedimiento general contenido en el C.D.U. Sin embargo, los regímenes especiales disciplinarios solo pueden comprender las regulaciones íntimamente vinculadas con su objeto específico. **Para la Corte es claro que, en el caso bajo examen, conductas que trasciendan la función propiamente militar o policiva, por carecer de relación directa con el servicio, no podrán quedar cobijadas dentro de las indicadas regulaciones, lo cual se predica, entre otros casos, de las conductas que violan los derechos humanos. Tales comportamientos quedan, entonces, sometidos a la normatividad ordinaria, penal o disciplinaria**” (resaltado ajeno al texto citado).

6 17. En lo que respecta al régimen disciplinario, es importante destacar que esta Corporación, en anteriores oportunidades, ha definido la naturaleza de ese régimen y los límites que tienen el Legislador al momento de diseñar, tanto su parte sustantiva como procedimental. De manera general, esta Corte ha considerado que **la principal diferencia** que tiene, o debe tener, el régimen disciplinario propio de las Fuerzas Militares, respecto del aplicable a los demás servidores públicos, está relacionada con la identificación de las faltas y las sanciones correspondientes a los militares, que se justifican además en la especialidad de la función constitucional que los mismos cumplen.

18. De lo anterior, como regla general, se puede desprender que el Legislador debe establecer un **régimen sustancial** diferenciado en el cual se precise el catálogo de faltas y sanciones bajo las cuales van a ser juzgados los militares. Según la **sentencia C-310 de 1997**, “lo que en verdad diferencia los estatutos disciplinarios de las fuerzas militares y de la policía nacional frente a los demás regímenes de esta clase es la descripción de las faltas en que pueden incurrir sus miembros y las sanciones que se les pueden imponer, precisamente por la índole de las funciones que están llamados a ejecutar, las que no se identifican con las de ningún otro organismo estatal”.

Aunado a lo anterior, para esta Corporación es claro que el régimen disciplinario especial de las Fuerzas Militares **no puede incluir cualquier tipo de falta**, sino únicamente aquellas relacionadas con la función militar, es decir, aquellas cuya comisión afecta directamente el servicio público encomendado a tales Fuerzas. Este es uno de los principales límites a la potestad del Congreso en esta materia. Al respecto, esta Corte, en **sentencia C-620 de 1998**, indicó: “{...} los regímenes especiales disciplinarios solo pueden comprender las regulaciones íntimamente vinculadas con su objeto específico. Para la Corte es claro que, en el caso bajo examen, conductas que trasciendan la función propiamente militar o policiva, por carecer de relación directa con el servicio, no podrán quedar cobijadas dentro de las indicadas regulaciones”.

los hechos ocurrieron en el marco del conflicto armado interno o no internacional donde la fuerza pública es uno de los actores, por lo tanto los procesos disciplinarios derivados de este tipo de conductas deben adelantarse por el Código Disciplinario Único, hoy Código General Disciplinario, como se ve a continuación:



“Artículo 13. Derechos y garantías para las víctimas de violencia sexual. Las víctimas de violencia sexual, sin perjuicio de los derechos, garantías y medidas establecidos en los artículos 11 y 14, y el Capítulo IV del Título IV de la Ley 906 de 2000; en los artículos 8, 19, 20, 21 y 22 de la Ley 1257 de 2008; en los artículos 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 52, 53, 54, 69, 132, 135, 136, 137, 139, 140, 149, 150, 151, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 190, 191 de la Ley 1448 de 2011; en el artículo 54 de la Ley 1438 de 2011; en el artículo 15 de la Ley 360 de 1997; en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198 de la Ley 1098 de 2006 y demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, tienen derecho a: (...)”

Parágrafo 1º. Los funcionarios públicos que en el desarrollo del proceso penal o cualquier otro tipo de actuación jurisdiccional o administrativa incumplan sus obligaciones respecto de la garantía de los derechos de las víctimas de violencia sexual, responderán ante los Tribunales y Juzgados competentes, y ante las autoridades disciplinarias por dichas conductas.

El Ministerio Público vigilará el cumplimiento de los derechos de las víctimas de violencia sexual de manera prioritaria. Las investigaciones sobre presuntas faltas disciplinarias se adelantarán a través del procedimiento verbal establecido en el Capítulo 1 del Título XI del Código Disciplinario Único”.



En tal sentido, en cumplimiento a los principios de la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo y la búsqueda de la verdad material, en armonía con los derechos de las víctimas de violencia sexual, con ocasión del conflicto armado previsto en el artículo 13 de la Ley 1719 de 2014, en estos casos se deben aplicar las disposiciones sustantivas y procesales previstas en el CGD y/o las normas que las modifiquen o replacen, toda vez que estamos frente a conductas que trascienden la función militar por carecer de relación directa con el servicio, como lo son las graves violaciones a los Derechos Humanos y/o las infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

Cuando se trata de estos casos, entonces, el procedimiento utilizado es el contemplado en el CGD y, a diferencia de lo establecido en la Ley 1862, se cuenta con las dos etapas en la instrucción de los procesos, esto es, indagación previa e investigación, la cual terminará con la formulación de cargos o el archivo.

En este punto es necesario indicar que, en atención a las recomendaciones de la CIDH, y en cumplimiento de la sentencia en el caso Petro Urrego contra el Estado Colombiano, se expidió la Ley 2094 de 29 de junio de 2021: “Por medio de la cual se reforma la ley 1952 de 2019 y se dictan otras disposiciones”, que establece, entre otros aspectos, la separación de funciones entre instrucción y juzgamiento.

Para entender el tema de los sistemas procesales es necesario referirnos a la decisión de la Corte Constitucional, C- 401 de 2013, en la que realiza un estudio sobre los diferentes esquemas procesales así:



“6.1. Búsqueda de la verdad como valor, principio y derecho constitucional

Los artículos 229 y 230 de la Carta garantizan el derecho de todas las personas para acceder a la administración de justicia y obtener una sentencia de acuerdo con la ley y la Constitución. Con esto, la Carta enco-

mendó la función de administrar justicia fundamentalmente a los jueces y, excepcionalmente, a ciertas autoridades públicas y a los particulares. Para la Corte, la búsqueda y realización de la justicia es una función primordial para el Estado de Derecho y estructural en el Estado Social y Democrático.

Aunque es clara la relación existente entre verdad y justicia y el deber estatal de buscar la primera para concretar la segunda, la manera de encontrarlas o los métodos utilizados para lograr la sentencia verdadera y justa no ha sido un tema pacífico ni unánime en la doctrina.

Por lo anterior, se han diseñado cuatro modelos de esquemas procesales, a saber:

- i) El sistema dispositivo, en el cual corresponde a las partes iniciar el proceso con el planteamiento de los hechos y normas jurídicas que serán objeto de análisis judicial, impulsarlo mediante la intervención activa en las actuaciones judiciales y aportar todos los elementos probatorios al proceso.
- ii) El sistema inquisitivo, en el que corresponde al juez la investigación y juzgamiento de las conductas reprochables penalmente, por lo que puede advertirse que la búsqueda de la verdad y la justicia es una clara responsabilidad judicial.

Según Devis Echandía “para que triunfe la verdad, para que obtenga el fin de interés público del proceso y no sea este una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados litigantes, es indispensable que, además de la libre apreciación de las pruebas, el juez siempre disponga de facultades inquisitivas para allegar las que, conforme su leal saber y entender, consi-

dere conveniente al esclarecimiento de los hechos que las partes alegan (afirman o niegan). Solo así se obtendrá la igualdad de las partes en el proceso y la verdadera democracia en la justicia”.

iii) Sistemas con tendencia acusatoria, en los cuales se distinguen y separan las etapas cognoscitiva y valorativa del hecho, por lo que la búsqueda de la verdad de lo sucedido no está a cargo del juez y, con base en ella, a él corresponde hacer justicia en el caso concreto.

iv) Los sistemas mixtos en que toman elementos de los dos esquemas extremos, por lo que la lucha contra la impunidad, la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia material son responsabilidades compartidas entre autoridades judiciales y administrativas.

Así las cosas, sin ánimo de definir cuál es la posición doctrinaria acertada, desde la perspectiva constitucional solo puede realizarse la justicia material, cuando el proceso se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso.

Es así como, en la sentencia C-396 de 2007, la Corte Constitucional consideró que “es razonable entender que al legislador corresponde diseñar el esquema procesal que considera adecuado para la búsqueda de la verdad y para concretar la imparcialidad, pues los dos son conceptos tan amplios que su concreción corresponde al legislador”⁷.



7 Corte Constitucional C-401 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

En consonancia con lo expresado por la Corte, y respecto a la división de roles, es preciso exponer las generalidades de los modelos inquisitivo y acusatorio, que son los sistemas procesales que han tenido aplicación en el derecho disciplinario nacional.

De acuerdo con la anterior normatividad disciplinaria, era el sistema inquisitivo el que regía en la Procuraduría General de la Nación. De acuerdo con la autora Victoria Amanda Preciado Burgos, podemos señalar las características del sistema inquisitivo:



“Es así como, el proceso disciplinario en Colombia se desarrolla bajo el esquema procesal Inquisitivo, en donde la investigación, formulación de cargos y juzgamiento reside en una misma autoridad disciplinaria, lo que significa que la carga de la prueba es del Estado, correspondiéndole investigar, producir la prueba y encontrar el hecho. Las funciones de acusación y juzgamiento se encuentran unificadas, la autoridad que formula cargos es la misma que juzga”.



Esto es, en el sistema inquisitivo se observa la concentración de las funciones de acusar y juzgar en un mismo funcionario.

Ahora bien, el sistema acusatorio tiene una estructura tripartita en la que existe un acusador, un acusado y un juez. En tal sentido, en el modelo acusatorio se cuenta con una clara separación de las facultades de investigación y juzgamiento, la cual se ve claramente consagrada en la Ley 2094 de 2021.

Con su expedición, el derecho disciplinario colombiano sufrió un impacto por el cambio de modelo procesal inquisitivo al acusatorio, donde prima la división de roles en garantía del principio de imparcialidad del funcionario instructor.

Es importante indicar que, si bien la Ley 1862 de 2017 preserva el modelo inquisitivo (por su semejanza con el contenido de la Ley 1952 de 2019), las actuaciones disciplinarias que cursan en la Procuraduría General de la Nación a la entrada en vigencia de la Ley 2094 de 29 de junio de 2021, cambiaron al modelo acusatorio lo que se expresó mediante la expedición del Decreto Ley 1851 de 24 de diciembre de 2021, que modificó el Decreto Ley 262 de 22 de febrero de 2000, contentivo de la estructura y organización al interior de la entidad, distribuyendo las procuradurías disciplinarias para darles funciones de instrucción y juzgamiento dentro de sus respectivas competencias, acorde a lo dispuesto en la Resolución No. 150 de 12 de mayo de 2022 y la Resolución 377 de 9 de noviembre de 2022.

Así, la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Instrucción para la Fuerza Pública cumple funciones de investigación y realiza la evaluación de hechos y pruebas, de acuerdo con la cual emite citaciones a audiencias, cuando se trata de casos adelantados con la ley 1862, o formula cargos, si el procedimiento aplicable es el consignado en la ley 1962 de 2019, modificada por la 2094 de 2021; luego de esto, y cumplida en debida forma la notificación de la decisión, remite la actuación a las Delegadas de Juzgamiento para el trámite respectivo, sin distinción del sujeto disciplinable.

Como se señaló, la norma especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, Ley 1862 de 2017, no contempla esta separación de funciones. Quien profiere la citación a audiencia desarrolla la etapa de juicio, por lo que resulta aconsejable que internamente las dependencias que tienen a cargo el Control Interno Disciplinario en las instituciones que la integran, estudien la posibilidad de modificar el régimen de competencias interno y normas de funcionamiento, en aras de garantizar la transparencia, imparcialidad y demás principios rectores de la función administrativa y disciplinaria mediante la separación de la instrucción y juzgamiento en las actuaciones que cursen a su cargo.

Lo anterior debido a que es evidente que las medidas adoptadas por la Procuraduría General de la Nación resultan mas garantistas para los disciplinables, en razón a que se protege el debido proceso, se respeta el principio de imparcialidad y existe mayor objetividad al momento de adelantarse un juicio y proferir un fallo que ponga fin a esa etapa.

2. DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA NACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN DE LA PGN

Por medio de la Ley 2196 de 18 de enero de 2022, se sancionó el Estatuto Disciplinario Policial, norma que entró en vigencia el 29 de marzo del presente año y derogó la Ley 1015 de 7 de febrero de 2006, anterior régimen disciplinario para la Policía Nacional, legislación encaminada a dar cumplimiento a los estándares convencionales en la materia y a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Vale la pena precisar que la nueva disposición tiene ochenta y cinco artículos elaborados con la participación activa de la PGN, teniendo en cuenta las leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021, donde además se observa la especialidad y particularidad propia del régimen de la Policía Nacional, con un estudio profundo de la naturaleza del servicio, a la luz de la relación especial de sujeción intensificada, con plena garantía y eficacia del ejercicio del derecho disciplinario en este campo. La estructura de la norma se compone de dos libros: el primero, referido a la parte general, y el segundo al procedimiento. Dentro del primero se encuentran los principios y normas rectoras, el ámbito de aplicación, las definiciones propias de la disciplina castrense, los medios para encauzar la disciplina policial y el comportamiento personal, la regulación propia al sistema de garantías para la formulación consulta y seguimiento ciudadano, la extinción de la acción disciplinaria, las faltas y sanciones, con un título especial para reglamentar las sanciones de los auxiliares de Policía y las reglas de competencia. Por su parte, el libro segundo regula el procedimiento, la figura de la suspensión provisional, el régimen de transición y vigencia.

La nueva reglamentación incluyó varios aspectos novedosos, como son: la división de roles, el mantenimiento expreso en cabeza de la Procuraduría General de la Nación del ejercicio del poder disciplinario preferente en materia de derechos humanos, el papel de la ciudadanía en las investigaciones, observancia a lo ordenado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego vs. Colombia, que data del 8 de julio de 2020, y también de las recomendaciones que hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos frente a la protesta social.

Es importante resaltar, en el tema de la división de roles, la modificación de la estructura funcional de las competencias disciplinarias en la institución frente a la instrucción y juzgamiento, la cual quedó conformada de la siguiente forma:

INSPECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL

- o Juzgamiento de faltas de oficiales superiores en los grados de teniente coronel y coronel.
- o Segunda instancia de las decisiones del Jefe de Procesos Disciplinarios de la Inspección.
- o Poder prevalente de actuación en etapa de juzgamiento.
- o Competencia residual.

DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL

- o Segunda instancia de las decisiones proferidas por el Inspector General y el Subinspector General.

JEFE DE INSTRUCCIÓN DE PROCESOS DISCIPLINARIOS DE PRIMERA INSTANCIA

- o Instrucción de faltas de oficiales superiores en el grado de mayor.
- o Segunda instancia de las decisiones de los inspectores delegados de región y especial de instrucción.

JEFE DE PROCESOS DISCIPLINARIOS DE LA INSPECCIÓN GENERAL

- o Juzgamiento de las faltas de oficiales superiores en el grado de mayor.
- o Segunda instancia de las decisiones de los inspectores delegados de región y especial de juzgamiento.

INSPECCIÓN DELEGADA DE REGIÓN JUZGAMIENTO

- o Primera instancia de faltas cometidas por los oficiales subalternos en su jurisdicción.
- o Segunda instancia de las decisiones de los Jefes de las Oficinas de Control Interno Disciplinario de juzgamiento de su Jurisdicción.

SUBINSPECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL

- o Instrucción de faltas de oficiales superiores en los grados de teniente coronel y coronel.
- o Segunda instancia de las decisiones del Jefe de Instrucción de Procesos Disciplinarios de primera instancia.
- o Poder prevalente de actuación en etapa de instrucción.

OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DIRECCIÓN GENERAL INSTRUCCIÓN – JUZGAMIENTO

- o Primera Instancia de instrucción y juzgamiento de las faltas cometidas en Bogotá por el personal del nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Patrulleros de Policía y Auxiliares adscritos a la sede principal de la Dirección General y Subdirección General, Inspección General, dirección y oficinas asesoras.
- o El personal del numeral anterior que se encuentre en comisión ante organismos adscritos o vinculados a la administración pública.

INSPECCIÓN DELEGADA DE REGIÓN

- o Primera instancia de faltas cometidas por los oficiales subalternos en su jurisdicción.
- o Segunda instancia de las decisiones de las Oficinas de Control Interno Disciplinario de su Jurisdicción.

INSPECCIÓN DELEGADA ESPECIAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO

- o Primera instancia en instrucción y juzgamiento de las faltas cometidas en Bogotá por oficiales subalternos adscritos a la sede principal de la Dirección General, Inspección General, Dirección y Oficinas Asesoras.
- o Primera instancia en etapa de instrucción y juzgamiento de las faltas cometidas en Bogotá por los oficiales subalternos que se encuentren en comisión ante organismos adscritos o vinculados a la administración pública.
- o Segunda instancia de las decisiones de las Oficinas de Control Interno Disciplinario de su Jurisdicción.
- o En los demás casos se dará aplicación al factor territorial.

INSPECCIÓN DELEGADA REGIÓN METROPOLITANA DE SABANA INSTRUCCIÓN Y JUZGAMIENTO

- o Primera instancia de las faltas cometidas por oficiales subalternos en la jurisdicción de la Región Metropolitana de la Sabana.
- o Segunda instancia de las decisiones proferidas por las oficinas de Control Disciplinario Interno de la jurisdicción de la Región Metropolitana de la Sabana.

OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE LA REGIÓN METROPOLITANA DE LA SABANA

- o Primera instancia en instrucción y juzgamiento de las faltas cometidas en su jurisdicción por el personal del nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, patrulleros de policía y quienes presten el servicio militar.

OFICINAS DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO DE POLICÍAS METROPOLITANAS Y DEPARTAMENTOS DE POLICÍA

- o Primera Instancia de instrucción y juzgamiento, conforme a la jurisdicción que disponga la estructura de la inspección general, faltas cometidas por el personal nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, patrulleros y auxiliares.

Es necesario resaltar que el procedimiento aplicable a los destinatarios de la ley es el contenido en la norma procedimental vigente para los servidores públicos, para el caso las leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021. Entretanto señaló que las faltas disciplinarias que constituyan violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos serán competencia de la Procuraduría General de la Nación.

No es de menor importancia la participación de la ciudadanía mediante la creación de mecanismos que les permitirán radicar, consultar y hacer seguimiento en línea a las peticiones o quejas presentadas a la institución policial. Adicionalmente, se creó un espacio con participación del personero como representantes de la ciudadanía y la figura de la supervisión en materia disciplinaria donde los ciudadanos, organizaciones o entidades, tienen la posibilidad de solicitar información sobre la gestión disciplinaria, dotando de facultades de vigilancia administrativa a la Procuraduría General de la Nación, salvaguardando los derechos a la

intimidad de las personas bajo las limitaciones que impone la condición de servidor público.

Ahora bien, en lo que respecta a los procesos que adelanta la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Fuerza Pública, la clasificación y descripción de la falta, la calificación de su gravedad, así como el tipo de sanción que genera, se aplica la norma especial referida, mientras que el procedimiento disciplinario se adelanta conforme a los lineamientos establecidos en la Ley 1952 de 2019.

Por tal razón, en los procesos que se llevan contra miembros de la Policía Nacional, la competencia de la Delegada para la Fuerza Pública llega hasta la notificación debida del pliego de cargos formulado, luego de lo cual se remite a las Delegadas de Juzgamiento, para que se adelante el trámite respectivo.

La Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Fuerza Pública tiene competencia en razón a la calidad del sujeto disciplinable, consignada en el Artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto 1851 de 2021 y las Resoluciones 150 de 2021 y 377 de 9 de noviembre de 2022, contra oficiales superiores de la Fuerza Pública.

Para mayor entendimiento, es importante recordar que el artículo 2 de la Ley 1792 de 2016, por medio del cual se modifican algunos artículos de los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000, dispone la siguiente jerarquía y equivalencia de los oficiales y suboficiales de la fuerza pública:

EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y POLICÍA NACIONAL

- Oficiales Generales: General, Mayor General y Brigadier General.
- Oficiales Superiores: Coronel, Teniente Coronel, Mayor.
- Oficiales Subalternos: Capitán, Teniente y Subteniente.

ARMADA NACIONAL

- Oficiales de Insignia: Almirante, Vicealmirante, Contraalmirante.
- Oficiales Superiores: Capitán de Navío, Capitán de Fragata, Capitán de Corbeta.
- Oficiales Subalternos: Teniente de Navío, Teniente de Fragata, Teniente de Corbeta.

Son estos los principales aspectos de interés del régimen disciplinario de los miembros de la Fuerza Pública, así como la competencia que ejerce la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Fuerza Pública.

