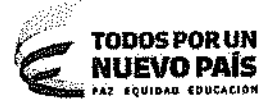


RESTRINGIDO



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO GENERAL FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL
DIRECCION DE CONTROL DE INVESTIGACIONES DEL EJÉRCITO



Al contestar, cite este número

Radicado No. 20181074515553:MDN-CGFM-COEJC-DICOI- 15-1

Bogotá D.C, 13 de Agosto de 2018

Señores

JEFES DE ESTADO MAYOR COMANDO EJÉRCITO - JEFES DE DEPARTAMENTO - COMANDANTES COMANDOS FUNCIONALES - DEPENDENCIAS ESTADO MAYOR - COMANDANTES UNIDADES OPERATIVAS MAYORES, MENORES - COMANDANTES COMANDOS OPERATIVOS - UNIDADES TÁCTICAS.

Asunto: Aplicación e Interpretación transitoriedad ley 836 de 2003 a Ley 1862 de 2017- Principio de favorabilidad

Teniendo de presente las reiteradas consultas realizadas por el personal de Coordinadores y Asesores Jurídicos de las Unidades Militares, con todo respeto me permito enviar el presente "concepto jurídico" mediante el cual se fija un criterio orientador respecto a la transitoriedad de la Ley 836 de 2003 a la Ley 1862 de 2017, y el principio de favorabilidad; y en consecuencia se pueda absolver de forma definitiva dichos cuestionamientos, así:

INTERROGANTES PARA ABSOLVER

Si bien es cierto, se ha indicado que, en el caso de las investigaciones que no tenían pliego de cargos, los comportamientos investigados deben adecuarse a las faltas contempladas en la Ley 1862 de 2017, argumentando el cambio de legislación, no tengo la suficiente claridad para establecer cual es fundamento jurídico, por lo siguiente:

1. *Acorde al principio de legalidad, nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa. En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE.*

2. *La regla general sobre la aplicación de la ley en el tiempo prescribe que las leyes rigen a partir de su promulgación, hacia el futuro y hasta su derogatoria.*

HÉROES MULTIMISIÓN
NUESTRA MISIÓN ES COLOMBIA

Patria, Honor, Lealtad
"Dios en todas nuestras actuaciones"
Fe en la causa
Carrera 58 No. 26-21 Piso 2 CAN
Dirección página web. dicoi@ejercito.mil.co





3. *Lo anterior significa que una ley posterior (1862) está impedida para regir una situación jurídica que ha surgido con anterioridad a su vigencia (836).*
4. *Las únicas excepciones serían cuando se recurra al principio de favorabilidad, ya sea a través de la retroactividad de la norma o la últractividad.*
5. *La libertad de configuración legislativa, tiene límites en el principio de legalidad y favorabilidad.*
6. *Endilgar la comisión de una falta descrita en la Ley 1862 de 2017, ya sea en el pliego de cargos o en el fallo sancionatorio, por una conducta cometida en vigencia de la Ley 836 de 2003, no significaría un desconocimiento o violación al principio de legalidad, toda vez que la jurisprudencia ha referido que "el debido proceso comporta dos elementos, a saber: i) el principio de legalidad sustantivo, es decir el establecimiento previo del hecho ilícito" (Sentencia C-200/02), sin que baste para subsanar tal situación, hacer mención, como se ha explicado a la descripción de la falta como se encontraba en la Ley derogada, para luego endosar la falta como se describe en el Código Disciplinario vigente?*

Los anteriores interrogantes soportados en el artículo 2 y 29 de la Constitución Política, Sentencia C-328/2003, Sentencia C-692/2008, Consejo de Estado Rad. 2558- 08

CONSIDERACIONES JURIDICAS AL RESPECTO

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta dos aspectos importantes, uno el concerniente a las normas de transición legislativa y el principio de legalidad que imperan para el proceso disciplinario, lo que obliga, de una parte, a la aplicación en materia procedimental de las reglas establecidas de la Ley 1862 de 2017, si a la entrada en vigor de la misma no se había proferido pliego de cargos y, de otra, a la adopción en materia sustantiva de las normas vigentes para la época en que se produjeron los hechos. Conforme a ello y en relación con este último aspecto, surge el segundo punto a tratar, cual es la aplicación del **principio de favorabilidad** ante la coexistencia, por tránsito legislativo y frente a un caso particular, de las Leyes 836 de 2003 y 1862 de 2017.

En efecto, se tiene que de acuerdo con lo previsto en el artículo 251 de la Ley 1862 de 2017, los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia dicha ley se

HÉROES MULTIMISIÓN
NUESTRA MISIÓN ES COLOMBIA

Patria, Honor, Lealtad
"Dios en todas nuestras actuaciones"
Fe en la causa
Carrera 58 No. 26-21 Piso 2 CAN
Dirección página web. dicoi@ejercito.mil.co





definitivo conforme a las reglas de procedimiento consagradas en la Ley 836 de 2003. A contrario sensu, si a esa fecha, 4 de febrero de 2018, no se había proferido pliego de cargos, entonces obligaba a adelantar el proceso según las reglas de procedimiento señaladas en el nuevo estatuto.

En lo que atañe a las **normas sustantivas**, relativas principalmente a las normas soporte de las conductas o presuntas irregularidades que son objeto de investigación disciplinaria, como **faltas leves, graves y gravísimas**, así como "**otras faltas**" identificadas como deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, conflicto de intereses, etc., por lo tanto, las faltas y sanciones de quienes son sujetos disciplinables (miembros de las fuerzas militares), así como las relativas a los criterios para determinar la gravedad o levedad de unas y otras, es claro que éstas, en principio, **no pueden ser otras que aquellas que se encuentren vigentes al momento en que se produjeron los hechos**; aspecto conocido como principio de legalidad consagrado en la Constitución y en las Leyes 836 de 2003 y 1862 de 2017, y en virtud del cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (artículo 29 Carta Superior) y sólo por comportamientos descritos como falta en norma vigente al momento de su realización **-nullum crimen, nulla poena sine lege-** (artículos 3 de la Ley 836 de 2003 y 44 de la Ley 1862 de 2017).

En lo que se refiere al **principio de favorabilidad**, se tiene que tal como lo consagran los artículos 29 de la Constitución Política y 47 de la Ley 1862 de 2017, éste implica la aplicación de la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, sobre la restrictiva o desfavorable. Lo que referido a los estatutos disciplinarios impone que cualquiera sea su naturaleza se apliquen en favor del disciplinado las disposiciones que resulten más beneficiosas para él, bien porque representan mayores garantías o mejores condiciones para el ejercicio de sus derechos o bien porque hacen menos gravosa su situación frente a la existencia y naturaleza de faltas o sanciones. Circunstancias que deben analizarse frente al caso concreto debiendo enfrentarse las normas en conflicto y determinar lo que implicaría para el procesado la aplicación de una u otra.

La favorabilidad, excepción al principio de aplicación inmediata de la ley, admite, según sea lo que resulte favorable para el investigado, la aplicación **retroactiva** de la nueva ley (a hechos que ocurrieron en el pasado) o la aplicación **ultractiva** de la ley antigua (a hechos sucedidos durante la vigencia de la nueva ley). Por lo tanto y a pesar de que las disposiciones de cualquier naturaleza rigen para el futuro, es decir, que no cobijan conductas ejecutadas en el pasado, el principio permite que se aplique aquella que regulaba los hechos en el momento en que

HÉROES MULTIMISIÓN
NUESTRA MISIÓN ES COLOMBIA

Patria, Honor, Lealtad

"Dios en todas nuestras actuaciones"

Fe en la causa

Carrera 58 No. 26-21 Piso 2 CAN

Dirección página web. dicoi@ejercito.mil.co





éstos se originaron, porque es menos gravosa para el investigado.

El principio opera bien porque se dé en el tránsito de legislación o frente a la vigencia simultánea de disposiciones en el tiempo.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia T-233 del 25 de mayo de 1995, señaló sobre el particular:

"El principio general sobre aplicación de las leyes en el tiempo, en cuya virtud toda norma legal surte efectos únicamente respecto de las situaciones que tienen ocurrencia en el futuro, constituye invaluable salvaguarda contra la arbitrariedad de quien aplica la ley y simultáneamente garantiza a sus destinatarios la certidumbre acerca de que sus conductas no serán objeto de sanción mientras se hayan ajustado a la perceptiva legal que las regía al momento en que se produjeron.

En el campo del debido proceso, uno de los componentes más importantes de la garantía constitucional radica en que toda persona, al ser juzgada, tan sólo puede serlo con arreglo a las leyes preexistentes al acto que se imputa, lo que repercute a la vez que no se le podrán imponer sanciones establecidas por el legislador después de ocurridos los hechos materia del juicio.

La irretroactividad de la ley se predica, en materia punitiva, tanto de las conductas sancionatorias como de las sanciones que la autoridad puede imponer.

... Pero en materia sancionatoria, el principio de irretroactividad de la ley es inseparable del de favorabilidad, plasmado en el artículo 29 de la Constitución, según el cual, en ese campo, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

El juez, tribunal o funcionario competente está llamado a establecer, so pena de violar la garantía del debido proceso si no lo hace, cuál es la norma favorable al implicado cuando, en el curso del proceso se presente un cambio de legislación. En otros términos, no puede limitarse a la aplicación invariable de las normas según las reglas generales relativas al tiempo de su vigencia (irretroactividad de la ley), sino que se halla obligado a verificar si la norma posterior, no obstante haberse promulgado después de ocurridos los hechos, puede favorecer al reo o procesado, pues si así acontece, no tiene alternativa distinta a la de aplicar tal disposición.

En el terreno disciplinario, el principio de favorabilidad es también obligatorio, toda vez que la actuación correspondiente culmina con una decisión en torno a la responsabilidad del inculcado y a la aplicabilidad de una sanción por la conducta imputada. Allí militan las mismas razones en que se funda la constitución para exigir la aplicación del postulado en materia penal.

Entonces, si la autoridad encargada de resolver sobre un proceso disciplinario desconoce la norma favorable, atendiendo tan sólo al tiempo de vigencia de la

HÉROES MULTIMISIÓN
NUESTRA MISIÓN ES COLOMBIA

Patria, Honor, Lealtad
"Dios en todas nuestras actuaciones"
Fe en la causa
Carrera 58 No. 26-21 Piso 2 CAN
Dirección página web. dicoi@ejercito.mil.co





ley, vulnera el debido proceso.

La violación del derecho fundamental es todavía más grave si la autoridad, además de hacer que prevalezca la norma desfavorable o restrictiva, la aplica siendo posterior a los hechos juzgados." (subrayado y negrillas fuera del texto).

Estos mismos criterios fueron fijados en el Concepto 64 del 5 de diciembre de 2006 del H. Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, dentro del Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00064-00(1756), Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, cuando se dijo:

"Atendiendo el mandato del artículo 29 de la Constitución y su aplicación a las actuaciones administrativas es preciso reiterar que el principio de favorabilidad se extiende a las normas sustantivas y procesales que beneficien al procesado cuando se está en presencia del tránsito de legislación. Es principio generalmente aceptado que los efectos de la ley en el tiempo se producen hacia el futuro -irretroactividad de la ley-, manera de garantizar la seguridad jurídica de los asociados, de lo cual surge como expresión del debido proceso que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes que se le imputan. Sin embargo, en materia punitiva el Constituyente también garantiza la aplicación de la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior y además debe resaltarse que la ley procesal es de aplicación inmediata, en consideración a su carácter público". (negrillas y subrayado fuera del texto).

En este orden de ideas, se deben tener en cuenta las siguientes situaciones fácticas y jurídicas, tanto en los aspectos sustanciales como procesales, veamos:

1. Si los hechos materia de investigación disciplinaria ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia la Ley 1862 de 2017, y **se hubiera formulado auto de cargos antes del 4 de febrero de 2018**, las faltas disciplinarias se debieron tipificar únicamente con las Leyes 836 de 2003 y/o 734 de 2002, hasta el fallo definitivo; sin embargo, si la nueva Ley consagra la misma falta de manera más favorable, se deberá variar el auto de cargos (art. 188 de la Ley 836 de 2003), tipificando la conducta con las Leyes 836 de 2003 y/o 734 de 2002¹, y con la Ley 1862 de 2017, indicando que se aplica ésta última ***-retroactividad de la Ley por favorabilidad-***.
2. Si los hechos materia de investigación disciplinaria ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia la Ley 1862 de 2017, y **se hubiera formulado auto de cargos antes del 4 de febrero de 2018**, las faltas disciplinarias se debieron tipificar únicamente con las Leyes 836 de 2003

¹ Se deben tipificar inicialmente en estas disposiciones porque el comportamiento investigado ocurrió en su vigencia, solo por referencia.

HÉROES MULTIMISIÓN
NUESTRA MISIÓN ES COLOMBIA

Patria, Honor, Lealtad

"Dios en todas nuestras actuaciones"

Fe en la causa

Carrera 58 No. 26-21 Piso 2 CAN

Dirección página web. dicoi@ejercito.mil.co





y/o 734 de 2002, hasta el fallo definitivo; siempre y cuando la nueva Ley legislación no le sea más favorable **–últractividad de la Ley–**.

3. Si los hechos materia de investigación disciplinaria ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia la Ley 1862 de 2017, pero **no se hubiere formulado auto de cargos antes del 4 de febrero de 2018**, se formulará auto de cargos con citación a audiencia tipificando las faltas disciplinarias en las Leyes 836 de 2003 y/o 734 de 2002, en concordancia con las conductas disciplinarias establecidas en la Ley 1862 de 2017, **estás últimas únicamente para indicar que las mismas continúan siendo falta disciplinaria –últractividad de la Ley por favorabilidad–**; sin embargo, si la nueva Ley consagra la misma falta de manera más favorable a las leyes anteriores, se formulará auto de cargos con citación a audiencia tipificando la falta con las Leyes 836 de 2003 y/o 734 de 2002², así como la nueva legislación (Ley 1862 de 2017), indicando que se aplica ésta última –**retroactividad de la Ley por favorabilidad**–.
4. Si los hechos materia de investigación disciplinaria **ocurrieron con posterioridad a la entrada en vigencia la Ley 1862 de 2017**, el auto de cargos y citación a audiencia, se tipificará únicamente con la nueva legislación Ley 1862 de 2017, en atención al principio de legalidad (artículo 44 ídem) y la máxima jurídica **“nullum crimen, nulla poena sine lege”**.

CONCLUSIONES:

PRIMERA: Si los hechos materia de investigación disciplinaria ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia la Ley 1862 de 2017, y **se hubiera formulado auto de cargos antes del 4 de febrero de 2018**, el procedimiento continuará hasta el fallo definitivo con la Ley 836 de 2003, de conformidad con lo establecido en el artículo 251 de la Ley 1862 de 2017, sin olvidar los criterios jurisprudenciales establecidos por la Honorable Corte Constitucional en su Sentencia C-328 de 2003.

SEGUNDA: Si los hechos materia de investigación disciplinaria ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia la Ley 1862 de 2017, y **no se hubiere formulado auto de cargos antes del 4 de febrero de 2018**, el procedimiento se

² Se deben tipificar inicialmente en estas disposiciones porque el comportamiento investigado ocurrió en su vigencia, solo por referencia.

HÉROES MULTIMISIÓN
NUESTRA MISIÓN ES COLOMBIA

Pañía, Honor, Lealtad
"Dios en todas nuestras actuaciones"
Fe en la causa
Carrera 58 No. 26-21 Piso 2 CAN
Dirección página web. dicoi@ejercito.mil.co





adecuará con la nueva Ley disciplinaria, es decir, que de la etapa de indagación preliminar iniciada o de investigación disciplinaria formal establecidas en la Ley 836 de 2003, se adecuará con la Ley 1862 de 2017, evaluando la actuación con auto de cargos y citación a audiencia y demás actuaciones señaladas en la nueva Legislación.

TERCERA: Si los hechos materia de investigación disciplinaria ocurrieron con posterioridad a la entrada en vigencia la Ley 1862 de 2017, todo el procedimiento se desarrollará con la nueva legislación.

CUARTA: De igual forma es pertinente indicar que es el funcionario competente el llamado a interpretar y aplicar la norma dando aplicación a lo preceptuado en el artículo 63 de la Ley 1862 de 2017.

Artículo 63. INTERPRETACIÓN DE LA LEY DISCIPLINARIA. En la interpretación y aplicación de este código el funcionario competente tendrá en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen. (Subrayado fuera de texto original)

Por último, cabe indicar que la Dirección Control de Investigaciones del Ejército es la dependencia constituida a nivel de la Fuerza para fijar criterios y lineamientos en materia disciplinaria y de responsabilidad administrativa a las unidades que la componen, de tal manera que en desarrollo de referida capacidad es que la misma dependencia emite conceptos en dichas materias a las unidades a efectos de lograr la correcta aplicación de los aspectos sustanciales y procesales de las leyes 836 de 2003, 1862 de 2017 y 1476 de 2011; aun así es de aclarar que tal capacidad no permite absolver casos particulares o concretos, por lo que las respuestas emitidas se deben limitar a suministrar elementos de juicio de carácter general y abstracto que sirvan para ilustrar el tema que interesa al consultante en virtud a que constituyen un criterio auxiliar de interpretación conforme lo dispuso el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

HÉROES MULTIMISIÓN
NUESTRA MISIÓN ES COLOMBIA

Patria, Honor, Lealtad
"Dios en todas nuestras actuaciones"
Fe en la causa
Carrera 58 No. 26-21 Piso 2 CAN
Dirección página web. dicoi@ejercito.mil.co





Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los conceptos de la Dirección Control de Investigaciones **no tienen efectos vinculantes** respecto de las decisiones que se emitan por parte de los funcionarios competentes de las diversas acciones disciplinarias o de responsabilidad administrativa, pues estas deben ser adoptadas de forma autónoma conforme a lo procesalmente obrante en cada plenario.

Mayor Abogado **LUIS ALFREDO VÁSQUEZ RUEDA**
Director Dirección de Control de Investigaciones del Ejército Nacional

Elaboró: DR. Silvio Sanmartín Quiñonez – Asesor Jurídico DICOI.

Revisó: MY.ADER. Luis Alfredo Vásquez Rueda – Director DICOI.

HÉROES MULTIMISIÓN
NUESTRA MISIÓN ES COLOMBIA

Patria, Honor, Lealtad
"Dios en todas nuestras actuaciones"
Fe en la causa
Carrera 58 No. 26-21 Piso 2 CAN
Dirección página web. dicoi@ejercito.mil.co

